



Le traitement du contentieux bancaire

Eric Bertrand Nemadeu Djuitchoko

► To cite this version:

Eric Bertrand Nemadeu Djuitchoko. Le traitement du contentieux bancaire. Droit. Université Jean Monnet - Saint-Etienne, 2011. Français. NNT : 2011STETT092 . tel-00700056

HAL Id: tel-00700056

<https://theses.hal.science/tel-00700056>

Submitted on 22 May 2012

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

**UNIVERSITE JEAN MONNET
SAINT-ETIENNE
FACULTE DE DROIT**

LE TRAITEMENT DU CONTENTIEUX BANCAIRE

Thèse pour le doctorat en droit privé de l'université de Saint-Etienne
(loi du 26 janvier 1984 – arrêté du 7 août 2006)

Présentée et soutenue publiquement le **24 mars 2011**
Par

ERIC NEMADEU DJUITCHOKO

Sous la direction de **M. Pascal ANCEL**
Professeur à l'université de Saint-Étienne

Jury :

M. Pascal ANCEL
Professeur à l'université de Saint-Etienne

M. Hervé CAUSSE
Professeur à l'université de Clermont-Ferrand

M. Olivier GOUT
Professeur à l'université de Chambéry

Mme Marie-Claire RIVIER
Professeur à l'université de Lyon 2

M. Marc VERICEL
Professeur à l'université de Saint-Étienne

L'université de Saint-étienne n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

A la famille DJUITCHOKO du Cameroun.

REMERCIEMENTS

Mes remerciements les plus chers à Monsieur le Professeur Pascal ANCEL pour son précieux soutien scientifique.

TABLE DES ABREVIATIONS

Publications

Banque	Revue banque
Banque et droit	Revue banque et droit
Bibl. Dr. privé	Bibliothèque de droit privé
Bull. civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation
Bull. joly	Bulletin mensuel Joly d'informations des sociétés
CCC	Contrats Concurrence consommation
D.	Recueil Dalloz
Defrénois	Répertoire du notariat Defrénois
DP	Recueil Dalloz périodique
Dr. et patrimoine	Droit et patrimoine
Gaz. pal.	Gazette du palais
J.-Cl.	Juris-Classeur
JCP	La semaine juridique édition générale
JCP E	La semaine juridique édition entreprise
JCP N	La semaine juridique édition notariale
JDI	Journal du droit international
JO	Journal officiel
LPA	Les Petites Affiches
Procédures	Revue procédures
Rép. civ. Dalloz	Répertoire Dalloz de droit civil
Rép. com. Dalloz	Répertoire Dalloz de droit commercial
Rev. arb.	Revue de l'arbitrage
Rev. conc. Consom.	Revue de la concurrence et de la consommation
Rev. crit. de DIP	Revue critique de droit international privé
RD imm.	Revue de droit immobilier
RDAI	Revue de droit des affaires international
RDBF	Revue de droit bancaire et financier
RDC	Revue des contrats
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD com.	Revue trimestrielle de droit commercial
S.	Recueil Sirey

Juridictions

AP	Assemblée plénière
Cass.	Cour de cassation
Civ.	Chambre civile de la Cour de cassation
Com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation
CA	Cour d'appel
CE	Conseil d'Etat
CJCE	Cour de Justice des Communautés Européennes
Crim	Chambre criminelle de la Cour de cassation

SOMMAIRE

PREMIERE PARTIE

L'EVITEMENT DU CONTENTIEUX

Titre I. La prévention du contentieux au moment de la mise en place de la relation contractuelle

Chapitre I. La prévention par la réduction des occasions de contentieux

Chapitre II. La prévention par la réduction des espaces de discussion

Titre II. La négociation précontentieuse au moment de la défaillance du débiteur

Chapitre I. La négociation spontanée

Chapitre II. La négociation organisée

SECONDE PARTIE

LE REGLEMENT DU CONTENTIEUX

Titre I. Le règlement sans le juge

Chapitre I. Les procédures de médiation prévues par le code monétaire et financier

Chapitre II. La médiation du crédit

Titre II. Le règlement par un juge

Chapitre I. Le contentieux porté devant le juge étatique

Chapitre II. Le faible recours à l'arbitrage

INTRODUCTION

1. Il a été abondamment soutenu que la « crise de la justice civile » a favorisé au cours de ces dernières années le développement de modes de solution des litiges alternatifs aux procédures juridictionnelles offertes par l'Etat. Comme le note en effet L. CADIET, « ADR (*Alternative dispute resolution*) et MARC (Modes alternatifs de règlement des conflits), selon les acronymes consacrés en pays de *common law* et en France, désignent l'ensemble de ces divers procédés de règlement amiable des différends. Mais l'essor des MARC ne s'explique pas seulement par des raisons conjoncturelles tenant à la crise de l'institution judiciaire. (...). Le développement des MARC répond à un nouveau besoin de régulation sociale (ou à un besoin de nouvelle régulation sociale) qui dépasse très largement le champ ordinaire de l'activité juridictionnelle. La multiplication et la diversification de ces pratiques alternatives, depuis le début des années 1970, en attestent assurément (...) »¹. Les MARC² sont donc dans l'air du temps, et c'est dans cette mouvance que la Commission GUINCHARD, chargée par le ministère de la justice de réfléchir entre autres sur la répartition des contentieux et les critères d'intervention du juge a rendu son rapport en juin 2008³. Les propositions qui en sont issues vont en effet dans le sens d'une déjudiciarisation de certains contentieux⁴ et d'un développement des MARC⁵. La réflexion sur l'impact des MARC dans le secteur bancaire trouve sa justification dans ce contexte. Cette réflexion se fonde également sur un phénomène peu connu : le déclin du contentieux de l'impayé au cours des vingt dernières années. Il serait intéressant de savoir si les MARC, et notamment la médiation bancaire y contribuent. Plus

¹ Médiation et arbitrage Alternative dispute resolution Alternative à la justice ou justice alternative ? Perspective comparative, sous la direction de L. Cadiet, Litec 2005, p. 7.

² Pour une étude détaillée de cette notion, cf. Les Modes Alternatifs de Règlement des Conflits un objet nouveau dans le discours des juristes français ? Colloque du CERCRIID université Jean Monnet mai 2001, sous la direction de M.-C. Rivier.

³ Le rapport de cette Commission est disponible sur le site : <http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/084000392/000.pdf>

⁴ Rapport préc. p. 51 et s.

⁵ Rapport préc. p. 155 et s.

largement, on peut s'interroger sur la place des MARC dans les différents contentieux impliquant les établissements de crédit.

2. Le contentieux est généralement défini comme un « ensemble de litiges susceptibles d'être soumis aux tribunaux. »⁶. Il peut aussi s'agir « des questions qui sont ou qui peuvent être l'objet d'une discussion devant les tribunaux. »⁷. Le lexique des termes juridiques définit ce terme de la manière suivante : « substantif : un contentieux est formé par un ensemble de procès se rapportant au même objet : contentieux privé, pénal, administratif, fiscal, etc. (...).

Adjectif : qui fait l'objet d'un désaccord, spécialement juridique. Parfois synonyme de juridictionnel. »⁸.

Le contentieux renvoie à la notion de litige, considéré par L. CADIET et E. JEULAND comme un différend « d'ordre juridique »⁹, ou encore comme « l'opposition de prétentions juridiques soumise à une juridiction civile, pénale, administrative ou arbitrale, appelée à la trancher par une décision. »¹⁰. Dans le même sens, G. CORNU et J. FOYER soutiennent que « tout litige recèle au moins deux éléments constants, sans lesquels il n'est pas formé : un différend, non pas quelconque, mais d'ordre juridique. »¹¹. Le litige est en effet la condition du contentieux, et partant de l'intervention du juge dans le processus de dénouement d'un désaccord intervenu entre les parties. A. JEAMMAUD note en ce sens que « seul le litige se prête à règlement par une décision juridictionnelle, c'est-à-dire tranchant par référence aux règles de droit pertinentes (ce que l'article 12 du nouveau code de procédure civile prescrit au juge). »¹².

3. Mais le désaccord des parties peut passer par diverses étapes, avant l'émergence du litige, lequel consacre la cristallisation juridique du conflit. C'est que les relations sociales ne se meuvent pas uniquement sur le terrain juridique. Des considérations de divers ordres entrent en jeu ici, qui impriment un caractère complexe aux rapports sociaux. Le caractère humain de ces rapports leur confère en effet des aspects allant au-delà de la seule perception juridique du désaccord. Le litige peut ainsi être précédé de différentes phases, qu'on désigne sous l'appellation de conflit et de différend. Le premier terme renvoie à une relation

⁶ Le Petit Robert éd. 2003 VUEF, p. 529.

⁷ G. Cornu, Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant, 8^e éd. PUF 2009, p. 226.

⁸ Lexique des termes juridiques, 16 éd. Dalloz 2007, p. 174.

⁹ L. Cadiet, E. Jeuland, Droit judiciaire privé, 5^e éd. Litec 2006, n° 6, p. 3.

¹⁰ A. Jeammaud, Conflit, Différend, Litige, Droits, n° 34, Les mots de la justice, PUF 2002, p. 17.

¹¹ G. Cornu, J. Foyer, préc. p. 41.

¹² A. Jeammaud, préc. p. 18.

« antagonique que réalise ou révèle une opposition de prétentions ou aspirations souvent complexes, plus ou moins clairement formulées, entre deux ou plusieurs groupes ou individus, et qui peut connaître une succession d'épisodes, d'actions, d'affrontements. Il s'agit donc d'une situation qu'il peut être malaisé d'appréhender et de décrire dans tous ses éléments. »¹³. Le second vocable peut être entendu comme « un désaccord juridique non encore porté, formalisé, devant une juridiction par un acte ouvrant une procédure, contentieuse ou gracieuse. »¹⁴. Pour A. JEAMMAUD, le différend comporte des éléments juridiques. Mais on déduit des définitions du litige par L. CADIET, E. JEULAND, G. CORNU et J. FOYER, qu'un différend peut être constitué d'éléments non juridiques.

On observe toutefois qu'en droit international public, c'est le terme différend qui est préféré en matière de saisine des juges. La Cour internationale de justice de la Haye (CIJ) chargée de régler ce que les auteurs susmentionnés considèrent comme les litiges entre Etats définit le terme différend comme : « un désaccord juridique sur un point de droit ou de fait, une contradiction, une opposition de thèses juridiques ou d'intérêts entre deux personnes » ; ou plus précisément une opposition de prétentions se manifestant « à l'occasion d'une réclamation adressée par un Etat à un autre et à laquelle celui-ci refuse de faire droit » (Combacau)¹⁵. L'art. 38 du statut de la CIJ précise notamment que « 1. La Cour, dont la mission est de régler conformément au droit international les différends qui lui sont soumis, applique : (...) ».

4. On le voit, tous ces termes (conflit, différend litige), traduisent une certaine relativité des qualifications (et des catégories) juridiques, et montrent l'importance que peut prendre la posture psychologique (ou l'intention) des parties en matière de qualification.

Mais si l'on s'en tient aux définitions des auteurs sus mentionnés, on conviendra que le conflit et le différend appartiennent à la phase précontentieuse, puisque c'est leur affinement juridique qui donne naissance au litige, et donc à la saisine du juge, à travers des recours contentieux. Toutefois, ces termes renvoient à la même catégorie, celle de « relations conflictuelles », ce qui rend parfois difficile la démarcation de la frontière entre le précontentieux et le contentieux. Le premier vocable recouvrant la phase entre la naissance de la situation conflictuelle et l'émergence du litige. On peut se demander comment sont traités les conflits ou les différends au cours de cette phase précontentieuse, dans le cadre des diverses activités bancaires.

¹³ A. Jeammaud, préc. P. 17.

¹⁴ A. Jeammaud, préc. p. 18.

¹⁵ Définition tirée de : A. Jeammaud, préc. p. 17.

5. En effet, bien qu'il concerne principalement l'impayé, le contentieux impliquant les établissements de crédit est varié. Cette variété du contentieux est la conséquence du contenu multiple des opérations de banque, telles que définies par le législateur à l'art. L. 311-1 du code monétaire et financier. Cette définition est issue de la loi bancaire n° 84-46 du 24 janvier 1984 modifiée par l'ordonnance n° 2009-866 du 15 juillet 2009, laquelle est relative aux conditions régissant la fourniture des services de paiement et portant création des établissements de paiement¹⁶. D'après ces textes, « les opérations de banque comprennent la réception des fonds du public, les opérations de crédit, ainsi que les services bancaires de paiement. ». Les banques peuvent également effectuer des opérations connexes aux opérations de banque, lesquelles sont listées de façon indicative à l'art. L. 311-2 CMF¹⁷. Il leur est aussi possible d'offrir des services non bancaires dans le cadre défini par l'art. L. 511-3 CMF. L'art. 2 du règlement CRBF n° 86-21 du 24 novembre 1986 relatif aux activités non bancaires énumère ces activités¹⁸. Comme on le voit, l'activité bancaire est diversifiée et le sera de plus en plus, compte tenu des évolutions actuelles de ce marché¹⁹. Il s'agit par ailleurs d'une activité de plus en plus risquée, dans la mesure où les établissements de crédit développent de nos jours d'importantes opérations spéculatives, en créant des filiales d'investissement et autres *hedge funds*, dans le but de multiplier leurs profits. Ces opérations spéculatives exposent les banques et leur clientèle à des risques susceptibles de générer un abondant contentieux.

6. La diversification de l'activité bancaire ci-dessus évoquée est par conséquent susceptible de générer un contentieux multiforme. Au cœur de cette activité, se trouve le crédit, défini à l'art. L. 313-1 du code monétaire et financier comme « tout acte par lequel une personne agissant à titre onéreux met ou promet de mettre des fonds à la disposition d'une autre personne ou prend, dans l'intérêt de celle-ci, un engagement par signature tel qu'un aval, un cautionnement, ou une garantie.

¹⁶ V. S. Piedelièvre, L'ordonnance du 15 juillet 2009 relative aux conditions régissant la fourniture de services de paiement (1^{re} et 2nde partie), Gaz. Pal. 08 sept. 2009 n° 251, p. 5 et s. et Gaz. Pal. 10 sept. 2009 n° 253, p. 6 et s.

¹⁷ On peut citer à titre d'exemple : le placement, la souscription, l'achat, la gestion, la garde et la vente de valeurs mobilières ou de tout produit financier ; le conseil et l'assistance en matière de gestion de patrimoine ou encore le conseil et l'assistance en matière de gestion financière.

¹⁸ Cette disposition cite entre autres toute activité de mandataire, de courtier ou de commissionnaire pour le compte d'une filiale, la gestion d'un patrimoine immobilier dont la banque est propriétaire (...).

¹⁹ Certaines banques proposent de nos jours à leurs clients des services de téléphonie mobile.

Sont assimilés à des opérations de crédit le crédit-bail, et de manière générale, toute opération de location assortie d'une option d'achat. ». Le crédit fait naître une variété de litiges entre les banques et leurs clients, voire entre les banques et les tiers.

7. Le contentieux bancaire concerne notamment la responsabilité des établissements de crédit, dont l'aspect le plus caractéristique semble être celui de la responsabilité envers les emprunteurs ou les cautions en matière de crédit. L'octroi du crédit constitue ainsi une source importante de responsabilité des banques envers leurs cocontractants (emprunteurs et cautions). Ces derniers peuvent par exemple reprocher aux premières de leur avoir accordé des crédits disproportionnés par rapport à leurs revenus, ou plus largement d'avoir manqué à leurs obligations. C'est par exemple à cause des produits bancaires risqués, que la ville de Saint-Étienne a décidé en octobre 2009 de poursuivre la Deutsche Bank devant le TGI de Paris pour crédits toxiques. Toutefois, le contentieux de la responsabilité naît généralement à la suite d'actions en paiement des banques, et apparaît donc comme un contentieux essentiellement accessoire à celui de l'impayé.

8. Le contentieux de la responsabilité bancaire en matière d'octroi du crédit peut aussi reposer sur un fondement délictuel. C'est ainsi le cas lorsque les créanciers de l'emprunteur reprochent à la banque de lui avoir conféré une apparence de solvabilité, laquelle a généré un préjudice, dont ils souhaitent obtenir réparation.

L'observation montre également que la responsabilité des banques est parfois mise en jeu à titre principal dans le cadre de leur activité connexe de prestataires de services financiers, notamment lorsque les banques effectuent des opérations telles le placement²⁰ ou la gestion de produits financiers pour le compte de leurs clients. Dans certains cas, les investisseurs profanes, victimes de pertes en bourse invoquent le manquement du banquier au devoir d'information et de conseil ou encore au devoir de mise en garde, afin d'obtenir réparation du préjudice subi.

Les banques peuvent par ailleurs engager leur responsabilité à titre principal en matière de gestion des comptes et moyens de paiement de leurs clients : prélèvement indus, chèques débités doublement, utilisation après opposition de cartes bancaires volées...

²⁰ Il est possible de citer ici les répercussions possibles de l'affaire Madoff au plan national, notamment sur le contentieux en matière de placements financiers. Des établissements tels la BNP Paribas ou Natixis ont en effet perdu d'importants placements des investisseurs dans les fonds Madoff.

9. Le contentieux bancaire porte également sur le cautionnement. Il arrive en effet que, poursuivies par les banques, les cautions contestent la validité des accords conclus, afin de se libérer totalement ou partiellement de leurs engagements. Le formalisme du cautionnement a ainsi généré un abondant contentieux devant les juridictions.

Le contentieux bancaire présente aussi divers autres aspects, dont l'énumération n'est pas exhaustive : On peut ainsi relever celui naissant dans le cadre des cessions de créances, suite à un conflit entre différents cessionnaires d'une créance professionnelle, la question étant de savoir lequel des cessionnaires doit l'emporter.

On peut aussi évoquer dans le cadre de ce survol le contentieux qui naît en matière de services d'assurance²¹ (d'où le terme bancassurance) ou des services immobiliers²² qu'effectuent les établissements de crédit.

Les banques peuvent en outre être impliquées dans des litiges inter bancaires²³, lesquels relèvent parfois du droit de la concurrence²⁴.

10. Les actions mises en œuvre dans le cadre de ces litiges peuvent être aussi bien civiles que pénales. En effet, l'ordre public économique de direction qui innerve l'activité des établissements de crédit confère à certaines de ses règles un caractère pénal. Ainsi, les banques et/ou leurs dirigeants et préposés peuvent dans certaines circonstances engager leur responsabilité devant le juge répressif. Ce sera par exemple le cas s'ils sont auteurs ou complices de blanchiment ou de banqueroute. A l'inverse, il arrive que les banques se portent parties civiles devant le juge répressif si elles sont victimes d'infractions de la part de leurs clients ou des tiers, voire de leurs salariés. On peut en ce sens citer le litige²⁵ tranché par le

²¹ Les banques développent de plus en plus des services d'assurance : assurance vie, assurance dommage, santé/prévoyance, assurance emprunteur...

²² C'est le cas par exemple de l'administration des biens, des transactions immobilières, de l'expertise conseil, de la gestion d'actifs immobiliers...

²³ L'on peut à titre d'exemple citer le litige opposant actuellement le Crédit Agricole aux Caisses d'épargne devant les tribunaux de commerce, à propos des transferts des livrets A des clients de la seconde banque citée à la première.

²⁴ L'Autorité de la concurrence qui succède au Conseil de la concurrence depuis la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008 peut en effet connaître de certains litiges liés à la concurrence dans le secteur bancaire. L'art. L. 511-4 du code monétaire et financier issu de la loi du 1^{er} août 2003 prévoit qu'en cas de saisine portant sur des opérations de concentration, l'Autorité de la concurrence recueille l'avis du Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement. Le vide créé par l'arrêt du Conseil d'Etat dans l'affaire Crédit agricole/ Crédit Lyonnais est ainsi comblé. (CE, 16 mai 2003, JCP 2003. II. 10126, note Toubou).

²⁵ La gravité de cette affaire a conduit les plus hautes autorités de l'Etat à réclamer des sanctions immédiates à l'encontre des dirigeants de cette banque, ainsi qu'un meilleur fonctionnement des systèmes de contrôle. Il s'agit là d'une preuve supplémentaire de l'importance de l'activité bancaire et du rôle de l'Etat en cette matière.

tribunal correctionnel de Paris, et dont les principaux acteurs sont la Société Générale et son trader J. Kerviel²⁶, soupçonné d'avoir fait perdre environ 5 milliards d'euros à la banque.

Les actions sont portées essentiellement devant le juge judiciaire, mais du fait de l'intervention du pouvoir réglementaire dans le cadre de l'activité bancaire, le contentieux qui en découle peut également être administratif²⁷, voire communautaire. Les banques peuvent en effet contester des actes réglementaires pris illégalement, anticonstitutionnellement, voire non conventionnellement dans leur secteur d'activité. La réglementation bancaire par les autorités administratives nationales²⁸ et communautaires²⁹ compétentes a ainsi généré du contentieux dans ce secteur. Dans le cadre de l'ensemble de ces litiges, les banques interviennent comme requérantes en matière administrative, demandeurs (notamment dans le contentieux de l'impayé) ou défendeurs (par exemple en matière de responsabilité bancaire) en matière civile. Devant le juge pénal, elles peuvent être parties civiles ou prévenus. Cette position procédurale influe fatalement sur les stratégies adoptées par les banques en matière de gestion du contentieux ; la situation de demandeur ou de partie civile conférant aux établissements de crédit une maîtrise du contentieux et partant du choix de son mode de règlement, celle de défendeur ou de prévenu les conduisant à subir le contentieux, bien que cette position ait aussi des avantages au plan procédural.

11. Comme on le voit, le contentieux bancaire est assez diversifié, pouvant en outre être aussi bien interne qu'international. Il est intéressant de le classer, afin de sélectionner la part du contentieux faisant l'objet de notre étude. La classification du contentieux bancaire peut se faire selon plusieurs critères : en fonction du type d'acteurs, du type d'opération, ou encore du type de demande.

En fonction du type d'acteurs, ce contentieux peut opposer les banques à leurs clients, consommateurs ou professionnels. Ce contentieux peut aussi opposer les banques à des tiers.

²⁶ Les poursuites devant la juridiction parisienne se fondent entre autres sur les infractions de « faux en écritures de banque, usage de faux en écritures de banque et intrusions informatiques ». Le jugement rendu par le tribunal correctionnel de Paris a fait l'objet d'un appel.

²⁷ C'est l'une des conséquences du dualisme juridictionnel découlant de la *summa divisio* du droit français, dont l'arrêt Blanco du 8 décembre 1873 constitue l'un des fondements. On a pu s'interroger sur le point de savoir si cette *summa divisio* présente encore un intérêt aujourd'hui.

²⁸ On peut citer à ce titre le litige ayant opposé la Caixabank France à la commission bancaire devant le Conseil d'Etat, portant sur l'interdiction de rémunérer les comptes à vue. CE, 6^e et 1^{re} s. sect. Réun., 23 février 2005, Caixabank France, D. 2005, act. Jurisp ; 639.

²⁹ La CJCE s'est également prononcée sur la question de l'interdiction par la réglementation française de la rémunération des comptes à vue : CJCE, 5 octobre 2004, grande ch. Aff. C-442/02, Caixabank c./ Min. éco. Fin. Et ind., RTD com., 2004. 792, obs. D. Legeais ; D. 2005, J. 370, note A. Boujeka.

En fonction du type d'opération, il peut s'agir d'un contentieux portant sur le crédit, sur le cautionnement, sur les services bancaires de paiement ou encore sur les activités connexes des établissements de crédit. Au nombre de leurs activités connexes³⁰, dont le législateur donne une liste indicative et par conséquent non exhaustive, nous avons choisi d'accorder une attention particulière au (3) de l'art. L. 311-2 CMF qui porte sur « le placement, la souscription, l'achat, la gestion, la garde et la vente de valeurs mobilières et de tout produit financier », tant il permet de mettre convenablement en relief les éléments de notre problématique ci-dessus exposée. Ce choix se justifie aussi bien par des raisons juridiques que par des raisons d'opportunité ; le caractère indicatif de cette liste constituant un facteur fortement incitatif à une sélection d'activités en lien étroit avec la problématique ici abordée. En effet, le (3) de l'art. L. 311-2 CMF constitue une activité connexe occupant une place importante dans la diversité des opérations effectuées par les banques. Il s'agit par ailleurs d'une activité d'une certaine complexité, qui mobilise une clientèle nombreuse, parfois constituée de personnes physiques profanes. En outre, cette activité connexe recoupe en bien de points celle mentionnée au (4) de l'art. L. 311-2 CMF relative au conseil et à l'assistance en matière de gestion du patrimoine. Cette gestion patrimoniale pouvant se faire dans le cadre de placements financiers.

En fonction du type de demande, le contentieux bancaire qui nous intéresse peut être fondé sur des actions en paiement, des actions en responsabilité, ou encore des actions en annulation.

Dans le cadre des actions en paiement, ce sont en général les banques qui sont en position de demandeurs, notamment en cas d'inexécution par les emprunteurs ou les cautions de leurs obligations.

³⁰ Conformément à l'art L. 311-2 CMF, « les établissements de crédit peuvent aussi effectuer les opérations connexes à leur activité telles que : 1. Les opérations de change ; 2. Les opérations sur or, métaux précieux et pièces ; 3. Le placement, la souscription, l'achat, la gestion, la garde et la vente de valeurs mobilières et de tout produit financier ; 4. Le conseil et l'assistance en matière de gestion de patrimoine ; 5. Le conseil et l'assistance en matière de gestion financière, l'ingénierie financière et d'une manière générale tous les services destinés à faciliter la création et le développement des entreprises, sous réserve des dispositions législatives relatives à l'exercice illégal de certaines professions ; 6. Les opérations de location simple de biens mobiliers ou immobiliers pour les établissements habilités à effectuer des opérations de crédit-bail ; 7. Les services de paiement mentionnés au II de l'article [L. 314-1](#). Lorsqu'il constitue la fourniture de services d'investissement au sens de l'article [L. 321-1](#), l'exercice des opérations connexes et de l'activité de conservation est subordonné à l'agrément préalable prévu à l'article [L. 532-1](#). ».

Il en va autrement en matière d'actions en responsabilité ou d'actions en annulation. Dans ces matières, les demandes émanent très souvent des clients (emprunteurs, investisseurs) ou encore des cautions.

12. On constate toutefois que l'impayé occupe une place prépondérante dans le cadre du contentieux bancaire, ce qui justifie que ce thème soit au cœur de nos développements. Cet impayé prend des formes variées répertoriées pour l'essentiel sous différents codes dans la nomenclature des affaires civiles du ministère de la justice. Ce répertoire contient notamment les demandes en remboursement d'un prêt (53B), celles en remboursement des loyers d'un crédit-bail (53F), les demandes en paiement contre une caution (53I), les demandes en paiement d'une lettre de change ou d'un billet à ordre (38B), les demandes en paiement du solde du compte bancaire (38C). Les banques occupent la position habituelle de demandeur dans le cadre de ce contentieux, ce qui leur confère la maîtrise du choix du mode de règlement. Il est intéressant d'étudier comment elles gèrent cette situation procédurale, aussi bien face à des consommateurs que face à des professionnels. Le déclin du contentieux de l'impayé pourrait trouver un de ses fondements dans la gestion de la position procédurale des banques, en cas de défaillance des débiteurs.

13. Des données statistiques permettent en effet à la fois de mesurer l'importance quantitative, et d'observer l'évolution du contentieux de l'impayé sur plusieurs années. Ces chiffres montrent une baisse constante et quasi générale de ce contentieux aussi bien devant les juridictions civiles que commerciales, depuis le début des années 1990. Cette baisse est continue et générale devant le tribunal de grande instance statuant au fond. Ainsi, en matière de demandes en paiement du solde d'un compte bancaire (38C), on est passé de 8384 en 1992, à 1365 en 2006, ce qui équivaut à une division par 6 du nombre de demandes au cours de cette période³¹. Quant aux demandes au fond en remboursement d'un prêt devant ces tribunaux (53B), elles ont baissé de 21017 demandes en 1993 à 7437 en 2006³². On note toutefois une augmentation à 9991 du nombre de ces demandes en 2009.

La baisse affecte également les demandes relatives au crédit-bail (53F) : on passe de 1603 demandes en 1992 pour aboutir à 522 en 2006³³. Quant à celles relatives au paiement d'une lettre de change ou d'un billet à ordre (38B), elles passent de 568 en 1992 à 60 en 2006

³¹ Pour 2008, ce nombre est de 1228. Pour 2009, on compte 913 demandes.

³² Pour 2008, ce nombre est de 8535. Pour 2009, il est de 9 991.

³³ Pour 2008, ce nombre est de 469. Pour 2009, il est de 447.

³⁴ Pour 2008, ce nombre est de 51. Pour 2009, on compte 13 demandes au fond.

. Les demandes au fond en paiement contre une caution passent de 2048 en 1992 à 2001 en 2008³⁵.

La tendance baissière s'observe aussi en ce qui concerne les procédures de référé. On constate ainsi une baisse du nombre de demandes en matière de paiement du solde d'un compte bancaire et de demandes en remboursement d'un prêt respectivement de 86%³⁶ et de 57%³⁷ entre 1990 et 2006.

La tendance à la baisse est identique devant les tribunaux de commerce. Ainsi, pour les demandes en paiement d'effets de commerce, le nombre d'affaires terminées diminue de 56,1% entre 1993 et 2003 (de 2441 à 1072)³⁸ ; sur la même période, cette diminution est de 60,7% pour les demandes en paiement du solde d'un compte bancaire (4056 à 1596)³⁹, 78,4% pour les demandes en remboursement de prêt (de 7243 à 1562)⁴⁰ et de 68,9% pour les demandes relatives à un crédit-bail (de 2392 à 744)⁴¹. On observe ainsi que pour les trois postes spécifiques de l'impayé bancaire, correspondant à des remboursements de crédits (38C, 53B et 53F), on est passé en 10 ans de 13 691 à 9302 demandes, ce qui constitue une baisse spectaculaire de 71%. S'agissant des demandes en paiement contre une caution, on observe une baisse de 1456 demandes en 1993 à 726 demandes en 2003⁴². Cette baisse concerne aussi bien les demandes en référé que les demandes au fond.

Devant les tribunaux d'instance et les juridictions de proximité, la tendance est beaucoup plus diversifiée. Pour les procédures au fond, on enregistre une diminution nette uniquement en matière de demandes liées à un crédit-bail (devant les tribunaux d'instance, il s'agit en réalité de location avec option d'achat) : on est passé de 6 022 demandes en 1988 à 968 en 2006⁴³. Les demandes en paiement du solde débiteur du compte bancaire diminuent entre 1988 (6 849) et 2006 (5 390) ; on observe toutefois une nette augmentation au début des années 1990 (10 710 en 1992)⁴⁴.

En revanche, les demandes en remboursement d'un prêt sont en augmentation depuis 1988, puisqu'on est passé au cours de cette période, de 44 945 demandes en 1988 à 56 535 en

³⁵ En 2009, on dénombre 1990 demandes au fond.

³⁶ Entre 1990 et 2009, on passe de 565 demandes à 45 demandes.

³⁷ Entre 1990 et 2009, on passe de 1387 demandes à 566 demandes.

³⁸ Pour 2009, le nombre de demandes au fond chute à 101.

³⁹ Pour 2009, on enregistre 1430 demandes au fond.

⁴⁰ En 2009, le nombre de demandes au fond est de 1246.

⁴¹ La baisse se poursuit en 2009, avec un total de 581 demandes au fond.

⁴² Toutefois, en 2009, ce chiffre est de 1581, ce qui traduit une hausse du nombre de demandes.

⁴³ En 2009, la baisse se poursuit, puisqu'on compte 983 demandes au fond.

⁴⁴ Ces demandes ont nettement baissé depuis 2006 : 4546 en 2008, et 4370 demandes en 2009.

2006. On relève un pic de contentieux au début des années 1990 (77 410 demandes en 1992), mais, après une baisse sensible dans les années 1995-1998, l'augmentation a repris de manière constante jusqu'en 2005 où on atteint 64 341 demandes⁴⁵. Les demandes en paiement contre une caution augmentent de 39 en 1990 à 179 en 2008⁴⁶. Le contentieux au fond de l'impayé est donc en hausse devant le TI et la juridiction de proximité. Les demandes en référé sont quant à elles en diminution⁴⁷.

Les chiffres susmentionnés ne tiennent pas compte des injonctions de payer. On peut toutefois noter qu'elles sont globalement en baisse sur la période observée. Ainsi, on est passé de 800 975 à 672 272 entre 1990 et 2005.

14. A la lecture de ces chiffres, et en se référant aux différents chefs de compétence des tribunaux concernés, on peut déduire que le contentieux du fond a chuté en matière de crédits immobiliers (relevant des TGI) et de crédits aux entreprises (ressortissant de la compétence des tribunaux de commerce ou des TGI statuant en matière commerciale). Le secteur du crédit à la consommation relevant toujours, malgré la mise en place de la juridiction de proximité, des tribunaux d'instance (art. L. 321-2-3 du code de l'organisation judiciaire), est nettement moins affecté par le phénomène de baisse, et on note une augmentation du contentieux relatif à ce type de crédit depuis 1998.

15. Afin de comprendre les raisons de ce phénomène, différentes recherches ont été menées à la suite d'un appel d'offre du GIP droit et justice. Le CEDCACE⁴⁸ et le CRIJE⁴⁹ ont rendu leur rapport final sur le sujet en janvier 2010⁵⁰. L'étude du CERCRIID⁵¹ sur l'évolution du contentieux de l'impayé rendue en juin 2009⁵², et à laquelle nous avons participé, conduit à s'interroger sur le point de savoir si le discours habituel relatif aux MARC ne présente pas des spécificités en matière bancaire. Cette étude montre en effet que la résolution alternative des

⁴⁵ L'année 2006 révèle une nouvelle baisse : 56 535 demandes. Les chiffres restent stables en 2007 et 2008. Pour 2009, on dénombre 57 021 demandes au fond devant les TI et 2 069 demandes au fond devant le juge de proximité statuant au fond. Au total, 59 090 demandes au fond devant les TI et juges de proximité. On observe donc une baisse relative de ce contentieux entre 2005 et 2009, de 64 341 demandes à 59 090 demandes.

⁴⁶ En 2009, on dénombre 183 demandes devant le TI au fond et 41 demandes devant le juge de proximité au fond. Au total 224 demandes au fond devant ces deux juridictions.

⁴⁷ En matière de demandes en remboursement du prêt, on passe de 1643 en 1990 à 351 en 2009.

⁴⁸ Centre de droit civil des affaires et du contentieux économique de l'Université de Paris Ouest-Nanterre La Défense.

⁴⁹ Centre de recherche individus, Justice, entreprises de l'Université de Rouen.

⁵⁰ La prise en charge de l'impayé contractuel en matière civile et commerciale, CEDCACE-CRIJE janvier 2010, sous la direction de B. Thullier, L. Sinopoli, F. Leplat.

⁵¹ Centre de recherches critiques sur le droit, Université de Saint-Etienne.

⁵² L'évolution du contentieux de l'impayé : éviction ou déplacement du rôle du juge ? CERCRIID juin 2009, sous la direction de P. Ancel.

différends entre banques et clients ne passe pas généralement par la catégorie habituelle des MARC : médiation, conciliation, arbitrage. L'étude, qui intègre également de nombreux entretiens effectués auprès des établissements de crédit, laisse apparaître que des pratiques spécifiques ont été développées dans ce secteur, afin de régler les différends de façon purement contractuelle, en dehors du cadre traditionnel des MARC. On y observe en effet un essor important de la négociation précontentieuse comme mode prioritaire de traitement des différends. Dans ce contexte, quelle place reste-t-il à la médiation ou éventuellement à l'arbitrage dans le règlement du contentieux bancaire?

16. Le déclin du contentieux de l'impayé conduit également à s'interroger sur l'impact des mécanismes de prévention de l'endettement dans le secteur bancaire. On constate en effet que cette prévention occupe une place essentielle dans le cadre de l'activité des établissements de crédit. Cela semble s'inscrire en droite ligne des écrits de certains auteurs. Comme le relèvent en effet G. CORNU et J. FOYER⁵³, l'une des fonctions premières du droit est d'éviter la naissance du conflit. En effet, la régulation juridique des rapports humains vise avant tout à éviter que naisse le conflit, par le biais de règles imposant aux acteurs du champ social de se comporter de telle ou telle manière, sous peine de sanctions. Le législateur et la jurisprudence instituent ainsi des dispositions destinées à protéger les personnes les plus faibles. Ces règles visent à promouvoir un crédit responsable, et la question se pose de savoir quel peut être leur impact sur le contentieux de l'impayé. Plus concrètement, ces règles contribuent-elles à couper à la racine une partie du contentieux bancaire?

17. La nécessité de prévention qui imprègne l'activité bancaire *stricto sensu* se manifeste également dans le cadre des services financiers qu'effectuent les établissements de crédit. En ce sens, des normes protectrices des investisseurs les plus vulnérables sont instituées. Ces normes, qui mettent l'accent sur une bonne information de l'investisseur, ont-elles un impact sur le contentieux des vices du consentement ou encore sur celui de la responsabilité bancaire?

18. La matière du cautionnement quant à elle occupe une place essentielle dans le cadre de l'activité des établissements de crédit. Elle bénéficie ainsi d'un encadrement juridique particulier. En effet, les cautions personnes physiques disposent, outre la protection découlant de la législation sur les crédits régis par le code de la consommation, d'un cadre

⁵³ G. Cornu, J. Foyer, Procédure civile, PUF 1996, p. 38.

normatif réaménagé par la loi sur l'initiative économique du 1^{er} août 2003 dite loi DUTREIL. Cette loi, qui prévoit un formalisme particulier est certes destinée à protéger les cautions, mais a-t-elle un effet en matière de prévention du contentieux? Dans le même sens, que penser de l'exigence de proportionnalité de l'engagement de la caution prévue par la loi DUTREIL ? Cette exigence est-elle de nature à contribuer à diminuer les cas de cautionnement excessif, et partant, dans une certaine mesure, le contentieux de l'impayé lié au cautionnement ?

19. On peut par ailleurs se demander si toutes les règles protectrices sus évoquées en matière de crédit, de cautionnement et d'investissement ne sont pas susceptibles de générer de nouveaux litiges, car consacrant de nouveaux droits subjectifs. Le cas échéant, quels sont les moyens permettant (au moins en partie) de résoudre cette problématique, qui découle essentiellement du souci étatique de protection de certains contractants et du marché ?

20. Au-delà des normes promouvant la prévention, le législateur offre aux parties en cas de litige un cadre facilitant la conclusion d'un accord, notamment en instituant une médiation aussi bien en matière bancaire (art. L. 315-1 du code monétaire et financier, ci-après CMF⁵⁴) qu'en matière financière (art. L. 621-19 CMF⁵⁵). Un médiateur du crédit a également été désigné à la suite de la crise économique mondiale née des *subprimes*. Ces initiatives étatiques en faveur de la médiation se justifient davantage dans le contexte actuel

⁵⁴ D'après ce texte, « tout établissement de crédit ou de paiement désigne un ou plusieurs médiateurs chargés de recommander des solutions aux litiges avec des personnes physiques n'agissant pas pour des besoins professionnels, relatifs aux services fournis et à l'exécution de contrats conclus dans le cadre du présent titre et du titre II du présent livre et relatifs aux produits mentionnés aux titres Ier et II du livre II. Les médiateurs sont choisis en raison de leur compétence et de leur impartialité. Le médiateur est tenu de statuer dans un délai de deux mois à compter de sa saisine. Celle-ci suspend la prescription conformément aux conditions de l'[article 2238 du code civil](#). Les constatations et les déclarations que le médiateur recueille ne peuvent être ni produites ni invoquées dans la suite de la procédure sans l'accord des parties. Cette procédure de médiation est gratuite. L'existence de la médiation et ses modalités d'accès doivent faire l'objet d'une mention portée sur la convention de compte de dépôt mentionnée au I de l'article [L. 312-1-1](#), sur le contrat-cadre de services de paiement prévu à l'article [L. 314-12](#) ainsi que, le cas échéant, sur les relevés de compte. Le compte rendu annuel d'activité établi par chaque médiateur est transmis au gouverneur de la Banque de France et au président du comité consultatif institué à l'article [L. 614-1](#). ».

⁵⁵ Cette disposition prévoit que : « L'Autorité (des marchés financiers) est habilitée à recevoir de tout intéressé les réclamations qui entrent par leur objet dans sa compétence et à leur donner la suite qu'elles appellent. Elle propose, lorsque les conditions sont réunies, la résolution amiable des différends portés à sa connaissance par voie de conciliation ou de médiation. La saisine de l'Autorité des marchés financiers, dans le cadre du règlement extrajudiciaire des différends, suspend la prescription de l'action civile et administrative. Celle-ci court à nouveau lorsque l'Autorité des marchés financiers déclare la médiation terminée. L'Autorité des marchés financiers coopère avec ses homologues étrangers en vue du règlement extrajudiciaire des litiges transfrontaliers. Elle peut formuler des propositions de modifications des lois et règlements concernant l'information des porteurs d'instruments financiers et du public, les marchés d'instruments financiers et le statut des prestataires de services d'investissement. Elle établit chaque année un rapport au Président de la République et au Parlement, qui est publié au Journal officiel de la République française. (...) ».

de restrictions budgétaires et de réforme de la carte judiciaire. Comme le note un auteur, « si le procédé juridictionnel – procédé d’adjudication – permet seulement de trancher les litiges, le souci de favoriser une véritable résolution de certains conflits a pu inspirer l’invention des modes non juridictionnels de traitement. (...). Songeons surtout à divers procédés orientés vers la composition des prétentions et des intérêts par une négociation aboutissant à un accord entre les protagonistes, avec éventuelle entremise d’un tiers chargé de favoriser l’obtention de l’accord (médiation au sens large, recouvrant ce que le langage législatif nomme « conciliation » ou « médiation »).»⁵⁶. Le caractère commercial de l’activité bancaire, la grande concurrence existant dans ce secteur, ainsi que le souci de limiter le coût du contentieux sont des facteurs incitatifs à un « traitement »⁵⁷ consensuel des conflits. Tous ces facteurs contribuent à expliquer la mise en place d’un système de médiation institutionnelle dans le secteur bancaire.

Il ressort toutefois des études du CERCRID du CEDCACE et du CRIJE sus évoquées, que le déclin du contentieux de l’impayé est en grande partie dû à la priorité donnée aux solutions consensuelles en cas d’inexécution par les clients ou les cautions de leurs obligations. Ces solutions passent essentiellement par la négociation menée en dehors ou dans le cadre des procédures de traitement des difficultés du débiteur, la médiation institutionnelle n’ayant quasiment pas eu d’effet sur la baisse du contentieux de l’impayé.

21. Mais la négociation, qui constitue un important circuit de dérivation du contentieux de l’impayé, ne règle pas la totalité des situations conflictuelles. En effet, il peut arriver que les parties ne parviennent pas à un accord, ou encore que l’accord ne soit pas exécuté. Dans ces hypothèses, c’est souvent à un tiers que reviendra la charge de trancher le litige. L’observation montre que ce sera presque exclusivement le juge étatique et non l’arbitre en pareil cas. Ce juge, détenteur du pouvoir de grâce aussi bien lorsqu’il juge au fond qu’en référé ou en tant que juge de l’exécution, joue en effet un rôle important dans le cadre du règlement du contentieux bancaire. On peut même se demander si le rôle du juge ne serait pas davantage déterminant si le législateur consacre en droit français des actions de groupe (*class actions*), bien connues aux Etats-Unis d’Amérique ou encore au Québec.

22. Le juge étatique est celui préféré pour régler la quasi-totalité du contentieux bancaire n’ayant pas trouvé une solution négociée. Il apparaît ainsi comme un véritable juge

⁵⁶ A. Jeammaud, préc. p. 18-19.

⁵⁷ A. Jeammaud préfère le terme « traitement » à celui de « règlement » du fait de sa connotation thérapeutique et de la modestie d’ambition qu’il dénote.

de clientèle. En outre, par la jurisprudence, ce juge contribue aussi *in fine* à prévenir le contentieux, du fait de l'influence qu'opèrent ses décisions sur les pratiques des destinataires des règles, banques et clients. Les rapports entre la règle de droit et l'action trouvent là un terrain d'application⁵⁸. En effet, véritable garant de la justice au profit de l'emprunteur, de la caution ou de l'investisseur non avertis, le juge étatique crée des normes qui incontestablement influent sur l'activité bancaire, aussi bien en ce qui concerne les pratiques des acteurs du secteur que l'attitude du législateur, confirmant ainsi le rôle de la jurisprudence comme source du droit⁵⁹. L'action de la jurisprudence dans le cadre du contentieux bancaire est donc indéniable, et atteste de la réalité des rapports dialectiques⁶⁰ entre ces deux concepts (contentieux et jurisprudence). Dans ce contexte, le déclin du contentieux de l'impayé ne fait-il pas naître des inquiétudes quant à la protection des personnes vulnérables, rôle dévolu à l'Etat, dont la justice est l'un des bras séculiers ?

23. L'importance de la prévention de l'endettement, et plus largement des règles destinées à encadrer le consentement des personnes vulnérables dans ce secteur spécifique conduit à accorder une attention particulière à la période précédant l'émergence du litige. Il est donc intéressant d'étudier le rôle de la prévention, ainsi que les mécanismes de gestion de la relation conflictuelle dans la phase précédant le litige. On est ainsi dans le cadre de l'évitement du contentieux (1^{re} partie).

Une fois le litige apparu, les parties ont à leur disposition divers modes conventionnels ou décisionnels pour le régler. Le recours à l'arbitrage est rare en cette matière. Le rôle initialement très limité de la médiation institutionnelle peut être accru. Au vu de ce constat, le juge étatique a la primauté du demandeur au stade de la solution du litige. Cela conduit à examiner les différents aspects du règlement du contentieux (2nde partie).

⁵⁸ A. Jeammaud, Les règles juridiques et l'action, D. 1993, Chron. p. 207-212.

⁵⁹ Sur ce sujet, cf. P. Deumier, RTD civ. 2006. 521.

⁶⁰ Pour une étude détaillée de ces rapports, v. C. Beroujon, Contentieux au singulier et jurisprudence au pluriel, RTD civ. 1995. 587. Ph. Jestaz, La jurisprudence, ombre portée du contentieux, D. 1989. 149.

Partie 1 : L'EVITEMENT DU CONTENTIEUX

24. La prévention du contentieux en matière bancaire constitue une préoccupation importante des autorités étatiques. Il est en effet nécessaire d'établir en amont de la conclusion du contrat un cadre juridique posant des règles précises devant régir la conduite des acteurs, sous peine de sanctions. Cela est de nature à réduire en aval les sources de contestations et d'éventuels litiges. Le respect scrupuleux des normes juridiques réduit en

effet les hypothèses de conflits. Comme l'a relevé le doyen CARBONNIER « l'autorité est un élément ineffaçable du phénomène juridique »⁶¹, la crainte de cette autorité renforce l'aspect « prophylactique » de la règle de droit. Tel est le sens de l'émergence du droit dans les sociétés humaines.

Pour A. JEAMMAUD, la règle de droit a pour vocation de guider les comportements des acteurs⁶², de servir de modèle⁶³. A ce titre, on peut également considérer que prise comme référence, elle assure un rôle préventif et partant celui de garant de l'ordre social, car servant de boussole commune à tous les acteurs du champ social.

La spécificité de la matière bancaire liée à son influence sur la stabilité économique des Etats rend davantage nécessaire l'existence de règles impératives. D'où l'importance que prend l'ordre public dans ce secteur. La distribution du crédit en particulier fait l'objet d'un encadrement particulier destiné à en limiter les dérives. A cet effet, l'Etat joue sur le levier législatif en mettant en place un cadre régissant le crédit à la consommation. Ces dispositions qui pour l'essentiel ne peuvent faire l'objet de dérogations visent à éviter que le consommateur, partie faible au contrat, se laisse entraîner dans la spirale du surendettement.

La question des instruments de paiement n'échappe également pas à l'intervention du législateur. Il est en effet nécessaire de contrôler l'émission de la monnaie scripturale, afin de garantir une plus grande confiance des acteurs de la sphère économique dans les instruments de paiement.

25. Le juge étatique quant à lui développe une jurisprudence de nature à conduire les banques à une vigilance plus accrue aussi bien en matière de crédit qu'en matière de prestation de services d'investissement. Ces banques recourent à une pratique contractuelle limitant les risques de litiges. Tous ces dispositifs juridiques et ces pratiques contribuent, au moment de la mise en place de la relation contractuelle, à la prévention du contentieux (titre 1).

Les établissements de crédit trouvent par ailleurs un intérêt certain à éviter une aggravation des défaillances de la clientèle, qui conduirait à saisir le juge. La procédure

⁶¹ J. Carbonnier, Sociologie juridique, PUF 1978, p. 17.

⁶² Sur ce point, cf. A. Jeammaud, Les règles juridiques et l'action, D. 1993. Chron. 207 ; A. Jeammaud et E. Serverin, Evaluer le droit, D. 1992. Chron. 263.

⁶³ A. Jeammaud, La règle de droit comme modèle, D. 1990, Chron. 199.

judiciaire peut en effet s'avérer longue, coûteuse, et elle n'est pas nécessairement couronnée de succès. La priorité est par conséquent donnée, au moment de la défaillance du débiteur, à la négociation précontentieuse (titre 2).

Titre 1 : LA PREVENTION DU CONTENTIEUX AU MOMENT DE LA MISE EN PLACE DE LA RELATION CONTRACTUELLE

26. L'analyse des dispositifs juridiques et des pratiques concernant l'activité bancaire montre que la prévention joue un rôle essentiel en la matière. En effet, il est préférable de prendre des précautions permettant d'empêcher la naissance de situations conflictuelles entre les parties, ce qui peut contribuer à éviter les litiges, sources d'engorgement des juridictions. Le caractère très sensible de l'activité bancaire aussi bien au plan microéconomique qu'au

plan macroéconomique, et partant les répercussions sociales liées à cette activité justifient davantage ici l'impératif de prévention. On comprend que dans ce dessein, le législateur ait institué à travers la loi MURCEF un droit au compte (art. L. 312-1 et s. CMF) contenant les dispositions précises régissant la relation contractuelle entre banques et clients. Par cette loi, le législateur instaure également des règles permettant d'apporter davantage de transparence dans les rapports régis par la convention de compte de dépôt. L'un des buts poursuivis semble ainsi être de limiter les sources de conflits, grâce à une meilleure clarification du contenu de la relation contractuelle.

27. De façon spécifique, nous consacrerons les développements qui suivent à montrer l'incidence des dispositifs juridiques et des pratiques bancaires sur la prévention du contentieux. L'observation montre qu'un nombre important de règles juridiques ont pour but de priver de source certaines hypothèses de litiges. On est ainsi dans le cadre de la prévention par la réduction des occasions de contentieux (chapitre 1). D'autres règles ont pour effet la limitation des espaces de discussion (chapitre 2).

Chapitre 1 : LA PREVENTION PAR LA REDUCTION DES OCCASIONS DE CONTENTIEUX

28. La réduction des possibilités de litiges peut passer par une diminution du nombre de personnes pouvant potentiellement ester en justice. Cette réduction peut être atteinte aussi bien grâce aux règles juridiques que par les pratiques de sélection des établissements de crédit. Les dispositifs juridiques encadrant l'activité bancaire comportent ainsi des normes dont l'effet peut conduire à la diminution du nombre de cocontractants des établissements de

crédit. Les contractants sont ainsi mieux sélectionnés (Section 1). Il est également possible de réduire les hypothèses de saisine du juge en établissant un cadre visant à assurer aux éventuels contractants un consentement éclairé. Ces derniers sont donc mieux informés (Section 2). Le résultat devrait être une diminution du contentieux des vices du consentement. Si dans le premier cas les règles posées génèrent un contentieux nouveau, dans le second, les hypothèses de litiges sont désormais très infimes. Sous l'influence des dispositifs juridiques, la pratique bancaire quant à elle sélectionne la clientèle, limitant ainsi le nombre de personnes à risque contractant avec les établissements de crédit (section 3).

Section 1 : DES CONTRACTANTS MIEUX SELECTIONNES

29. La réduction du nombre de cocontractants des établissements de crédit peut être atteinte grâce à des dispositifs juridiques promouvant une meilleure maîtrise du risque (§ 1). L'action du législateur et de la jurisprudence au cours des vingt dernières années a été de nature à conduire les établissements de crédit à mieux sélectionner leur clientèle, dans le cadre des opérations potentiellement risquées. En outre, les normes mises en place ont aussi eu pour but d'inciter les clients à renoncer à des contrats présentant pour eux des risques élevés d'inexécution. Mais les règles juridiques visant à réduire les hypothèses de contentieux peuvent également ouvrir la voie à de nouvelles sources de litiges (§ 2).

§ I- LES DISPOSITIFS JURIDIQUES PROMOUVANT UNE MEILLEURE MAITRISE DU RISQUE

30. Il est possible de classer ces différents dispositifs en deux catégories : ceux conduisant les banques à une meilleure sélection des cocontractants (A), et ceux pouvant inciter les cocontractants à renoncer à des opérations risquées (B). Les dispositifs juridiques promeuvent ainsi une meilleure maîtrise du risque par chacune des parties.

A- LES DISPOSITIFS CONDUISANT LES BANQUES A UNE MEILLEURE SELECTION DES COCONTRACTANTS

31. Certaines dispositions encadrant l'activité bancaire conduisent à des processus de « filtrage » de la clientèle. Le choix des cocontractants les moins risqués constituant en effet une technique importante de prévention des conflits.

A titre préliminaire, on peut relever l'apport de la loi Lagarde du 1^{er} juillet 2010, qui comporte de nouvelles règles relatives à la sélection des emprunteurs. L'art. L. 311-9 de cette loi, dont l'entrée en vigueur est différée au 1^{er} mai 2011⁶⁴ dispose : « avant de conclure le contrat de crédit, le prêteur vérifie la solvabilité de l'emprunteur à partir d'un nombre suffisant d'informations, y compris des informations fournies par ce dernier à la demande du prêteur. Le prêteur consulte (le fichier national des incidents de remboursement des crédits aux particuliers)... ». Cette obligation légale de consulter le fichier peut permettre aux établissements de crédit, prêteurs institutionnels, de mieux apprécier l'opportunité de consentir un crédit à un particulier. La consultation de ce fichier pourrait en effet les orienter vers un refus de prêter à des personnes à risque y figurant. L'objectif du législateur est de parvenir à un crédit à la consommation responsable, donc plus sélectif⁶⁵.

32. Si on s'en tient au droit positif, on constate que la délivrance des instruments de paiement par les banques est régie par des normes spécifiques (1). Par ailleurs, au plan interne, le cadre normatif mis en place incite les établissements de crédit à mieux sélectionner les emprunteurs et cautions (2). Les règles prudentielles de Bâle issues d'une négociation internationale ont quant à elles pour finalité de rationaliser la distribution du crédit (3). Tous ces dispositifs normatifs ont certes pour objectifs premiers de protéger la clientèle, de prévenir le surendettement et d'assurer la stabilité du système bancaire. Mais ils contribuent à limiter le contentieux, et c'est à ce titre qu'ils nous intéressent ici.

⁶⁴ Dès le 1^{er} mai 2011, cette disposition deviendra l'art. L. 311-9 C. consom.

⁶⁵ Dans ce dessein, on peut également relever l'apport de l'art. L. 311-10 de cette loi qui, futur art. L. 311-10 C. consom. au 1^{er} mai 2011: « Lorsque les opérations de crédit sont conclues sur le lieu de vente ou au moyen d'une technique de communication à distance, une fiche d'information distincte de la fiche mentionnée à l'article L. 311-6 est remise par le prêteur ou par l'intermédiaire de crédit à l'emprunteur. Cette fiche, établie par écrit ou sur un autre support durable, comporte notamment les éléments relatifs aux ressources et charges de l'emprunteur ainsi que, le cas échéant, aux prêts en cours contractés par ce dernier. Ladite fiche est signée ou authentifiée par l'emprunteur et contribue à l'évaluation de sa solvabilité par le prêteur. »

1) Une réglementation spécifique de la délivrance des instruments de paiement

33. La mise à disposition des instruments de paiement peut être source d'endettement pour les clients, ce qui est de nature à alimenter le contentieux de l'impayé bancaire. La délivrance, le fonctionnement et le retrait des instruments de paiement sont par ailleurs susceptibles de générer un contentieux de la responsabilité entre banques et clients, voire entre banques et tiers. C'est certainement à la lumière de ce constat que le législateur a mis en place des dispositions particulières relatives à la délivrance des instruments de paiement. C'est ainsi que la loi offre aux établissements de crédit un certain pouvoir discrétionnaire de délivrance des chèques. L'art. L. 131-71 du code monétaire et financier (ci-après CMF) pose ainsi le principe suivant lequel « tout banquier peut, par décision motivée, refuser de délivrer au titulaire d'un compte les formules de chèques autres que celles qui sont remises pour un retrait de fonds par le tireur auprès du tiré ou pour une certification. Il peut, à tout moment, demander la restitution des formules antérieurement délivrées (...) ». Les banques ont donc la possibilité de refuser la délivrance de chèques destinés au paiement à certains clients. De plus, conformément à l'art. 30 du décret du 22 mai 1992, les établissements de crédit doivent interroger la Banque de France avant de délivrer les premières formules de chèque aux nouveaux titulaires de comptes. La délivrance sera refusée si le client est frappé d'une interdiction bancaire. La Banque de France tient en effet le fichier⁶⁶ central des chèques (FCC), lequel recense les incidents de paiement liés à ces instruments, et les interdictions bancaires devant automatiquement en découler. Ces dispositions contribuent à prévenir le contentieux relatif aux chèques et indirectement celui de l'impayé bancaire, dans la mesure où elles incitent à une sélection des personnes pouvant bénéficier de l'usage de cet instrument de paiement. La sélection des bénéficiaires des instruments de paiement contribue à limiter les risques pris par les banques dans leur activité, et réduit ainsi les sources potentielles de différends. Le mécanisme de retrait de chéquier prévu par l'al. 1^{er} de l'art. L. 131-73 CMF⁶⁷

⁶⁶ Il existe également un fichier des chèques irréguliers (FNCI), une centrale des incidents de paiement (CIP) laquelle recense les défauts de règlement à l'échéance ou à présentation concernant essentiellement les lettres de change et les billets à ordre. Il existe par ailleurs un système de « Surveillance des transactions à risque (STAR) mis en place par la Banque de France afin de déceler des opérations atypiques en matière de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme. La Banque de France transfère ces informations à son correspondant de la cellule Tracfin. Cf. T. Bonneau, Droit bancaire, 8^e éd. Montchrestien 2009, n° 802 et s. p. 630 et s. Tous ces fichiers concourent à la police bancaire, et assurent l'information des établissements de crédit quant aux clients à risque. Ils jouent ainsi un rôle dans la prévention du contentieux bancaire.

⁶⁷ D'après cette disposition, « ... le banquier tiré peut, après avoir informé par tout moyen approprié mis à disposition par lui le titulaire du compte des conséquences du défaut de provision, refuser le paiement d'un

s'inscrit également dans cette logique de limitation du nombre de clients pouvant en bénéficier, et partant de réduction des hypothèses d'un éventuel contentieux. La délivrance sans aucun contrôle des instruments de paiement aurait sans doute multiplié les risques de litiges ultérieurs en la matière, aussi bien ceux liés à l'impayé qu'à la responsabilité des établissements de crédit. En effet de nombreuses personnes ayant connu dans le passé divers incidents découlant de l'utilisation des chèques auraient ainsi la possibilité de multiplier les comportements sources de litiges. La sélection des bénéficiaires d'instruments de paiement par les établissements de crédit contribue ainsi à réduire les risques en la matière. Moins il y a de clients à risques, moins il devrait y avoir de litiges. En ce sens, l'existence des différents fichiers sus mentionnés participe ainsi *in fine* à la prévention du contentieux pouvant naître des instruments de paiement.

34. Les règles relatives aux cartes bancaires contiennent également des mesures pouvant avoir un effet préventif du contentieux. Elles résultent d'une convention signée entre les professionnels du secteur et la Banque de France. Ainsi, en cas d'incident de paiement dû à l'absence ou à l'insuffisance de provision, l'émetteur de la carte doit en demander la restitution. Il lui appartient en outre d'informer la Banque de France qui tient la centrale des retraits de cartes bancaires (CRCB). Cette centrale a été créée par un arrêté du 16 juillet 1987 du conseil général de la Banque de France, après un accord intervenu avec le groupement des cartes bancaires. « Ce système de centralisation, qui a pour objet de mettre à la disposition des établissements de crédit des informations sur les personnes qui se sont signalées par des utilisations abusives des cartes bancaires et d'éviter qu'un établissement ne délivre une carte bancaire en ignorant que le demandeur a antérieurement fait l'objet d'une décision de retrait,

chèque pour défaut de provision suffisante. Il doit enjoindre au titulaire du compte de restituer à tous les banquiers dont il est le client les formules en sa possession et en celle de ses mandataires et de ne plus émettre des chèques autres que ceux qui permettent exclusivement le retrait de fonds par le tireur auprès du tiré ou ceux qui sont certifiés. Le banquier tiré en informe dans le même temps les mandataires de son client... ».

On peut par ailleurs relever que dans cette mouvance de prévention du contentieux, le législateur a choisi de dépénaliser l'émission de chèques sans provision, par la loi du 30 décembre 1991. Les banques assurent désormais la police de ces instruments de paiement. Ce dispositif juridique est de nature à limiter le contentieux portant sur cette matière. On est en effet en présence d'une régulation par la profession concernée. Les établissements de crédit assurent donc la police bancaire des instruments de paiements, aidés en cela par la Banque de France.

L'instauration d'une procédure déjudiciarisée d'interdiction bancaire permet également aux banques d'assurer la police des chèques sans avoir recours aux juridictions. (L'interdiction judiciaire intervient désormais dans le cadre des infractions relatives aux chèques et aux cartes de paiement ; art. L. 163-6 CMF).

On peut aussi noter que la possibilité pour l'huissier de justice de délivrer un titre exécutoire en application de l'alinéa 5 de l'art. L. 131-73 CMF dans le cadre du recouvrement des chèques impayés participe de cette volonté de déjudiciariser le contentieux des chèques. Le porteur du chèque peut ainsi obtenir un titre exécutoire sans recourir au juge. Si elle est vulgarisée, cette procédure simplifiée de recouvrement peut avoir un impact important dans la prévention de l'émission de chèques sans provision.

recense les décisions de retrait de cartes prises par les émetteurs à la suite d'incidents résultant directement de l'usage des cartes. »⁶⁸. La Banque de France est chargée de diffuser les informations aux personnes qui lui en font la demande. Bien que l'émetteur ne soit pas tenu d'interroger la Banque de France avant la délivrance de la carte, il garde la liberté de ne pas la délivrer à certains clients. On est en effet en présence d'un contrat conclu *intuitu personae*. Les banques peuvent donc sélectionner les clients à qui elles délivrent les cartes de paiement. On imagine aisément qu'elles seront moins enclines à les octroyer à des clients à risques, notamment ceux s'étant déjà illustrés par une utilisation abusive de ces instruments de paiement. En outre, le contrat porteur prévoit habituellement que le banquier peut obtenir le retrait de la carte à tout moment. Ces dispositions, au même titre que celles relatives aux chèques, concourent à limiter les risques que génère l'activité bancaire, contribuant ainsi à prévenir les situations conflictuelles en découlant. La sélection des bénéficiaires de cartes bancaires réduit ainsi les sources potentielles de litiges entre banques et clients. Le rôle de la Banque de France est central dans cette perspective, puisqu'elle doit tenir à jours les fichiers contenant des clients à risque. Les établissements de crédit ont tout intérêt à consulter systématiquement ces fichiers, afin de réduire les sources de litiges dans le cadre de leur activité.

Le cadre normatif portant sur le crédit promeut quant à lui une meilleure sélection des emprunteurs et cautions. En effet, le crédit étant au cœur de l'activité bancaire, on comprend les efforts déployés par le législateur et la jurisprudence afin de régir efficacement cette opération. Cela justifie par ailleurs que cette matière fasse l'objet de développements plus importants.

2) Le rôle du cadre normatif dans la sélection des emprunteurs et cautions

35. La législation sur le surendettement (a), la jurisprudence admettant la responsabilité du banquier envers les créanciers du crédit (b) ainsi que les règles de Bâle (c), ont concouru et concourent à inciter les banques à limiter le nombre d'emprunteurs et de cautions.

⁶⁸ T. BONNEAU, Droit bancaire, 8^e éd. 2009, n° 804, p. 631.

a) La législation instituant les procédures de surendettement

36. On peut noter à titre préliminaire que l'avis émis au cours des années 1980 par le Conseil Consultatif du Secteur Financier⁶⁹ (ancien conseil national du crédit et du titre), recommandant aux banques un seuil d'endettement maximal des particuliers de 33% (de leurs revenus) joue depuis lors un rôle important dans l'appréciation du risque par les banques en matière de crédit. Cela semble avoir contribué à une meilleure sélection des emprunteurs et cautions, de nature à avoir une incidence sur le contentieux de l'impayé.

De façon plus spécifique, l'évolution de la législation sur le surendettement conduit les banques depuis le début des années 1990 à une plus grande prudence en matière d'octroi de crédit aux particuliers. La mise en place du dispositif encadrant les procédures de surendettement dès 1989 constitue en effet un moyen important d'incitation des banques à une meilleure sélection des emprunteurs. On peut y voir une des causes de la baisse du contentieux de l'impayé sus évoquée, particulièrement en matière de crédit immobilier. On constate en effet une coïncidence chronologique entre le début de la baisse du contentieux de l'impayé et la mise en place des procédures de traitement du surendettement des particuliers. On sait que la première loi sur le sujet est la loi n° 89-1010 du 31 décembre 1989 dite loi Neiertz. Même si, dans sa première version, le dispositif ne permettait d'accorder au débiteur surendetté que des mesures assez limitées, et n'autorisait pas en particulier à le libérer complètement de son passif (ce n'est qu'avec la loi Borloo du 1^{er} août 2003 que ce pas a été franchi), on peut supposer que la possibilité, ouverte par le texte, de se voir imposer des délais importants et des remises (réduction du taux d'intérêt, réduction de la fraction restant due sur un prêt immobilier) a pu inciter les banques, dans les années qui ont immédiatement suivi, à davantage de prudence dans l'octroi des crédits. Ceci d'autant plus que, dès sa première version, la loi de 1989 contenait, en son article 12, une disposition (qu'on retrouve aujourd'hui textuellement à l'al. 7 de l'art. L. 331-7 du code de la consommation) invitant le juge prenant des mesures de redressement judiciaire civil (aujourd'hui la commission de surendettement imposant des mesures) à prendre en compte « la connaissance que pouvait avoir chacun des créanciers, lors de la conclusion des différents contrats, de la situation d'endettement du débiteur » et à « vérifier que le contrat a été consenti avec le sérieux qu'imposent les usages professionnels ». Cette disposition visait directement les établissements de crédit, et plus spécialement les sociétés de crédit à la consommation,

⁶⁹ Source : service documentaire de la Banque de France

accusées d'accorder des crédits à la légère et de favoriser les situations de surendettement. Par ailleurs, il faut rappeler que le dispositif initial était centré autour de la notion de « bonne foi » du débiteur, et que celle-ci, appréciée non seulement au moment de la demande d'ouverture de la procédure, mais aussi et surtout au moment de la naissance des engagements du débiteur surendetté, a également amené les tribunaux, dans les années qui ont immédiatement suivi la loi de 1989, à s'intéresser au comportement des banques lors de l'octroi des crédits⁷⁰. Ce dispositif, qui a précédé de quelques années l'apparition de la jurisprudence sur la responsabilité du banquier à l'égard de l'emprunteur, semble avoir, au début des années 1990, incité les banques à plus de vigilance dans l'octroi de certains crédits aux particuliers. Un de nos interlocuteurs, responsable du contentieux d'une importante banque coopérative de la place a expressément fait ce lien, au cours des entretiens réalisés dans le cadre de la recherche du CERCRID sur la baisse du contentieux de l'impayé. En effet, le risque de perdre tout ou partie de leurs créances au cours des procédures de surendettement est de nature à contraindre les banques à davantage de vigilance dans l'octroi du crédit aux particuliers. L'éventualité de l'ouverture ultérieure d'une procédure de surendettement peut conduire les banques à s'abstenir d'accorder des crédits à des particuliers présentant des risques importants d'insolvabilité. Le résultat final est une réduction du nombre d'emprunteurs potentiellement défaillants, et *in fine* une baisse du contentieux de l'impayé. La baisse du contentieux de l'impayé en matière de crédit immobilier peut ainsi trouver une de ses causes dans cette législation mise en place dès 1989. On rappellera à cet égard que les demandes au fond en remboursement d'un prêt devant les TGI ont baissé de 21017 en 1993 à 7437 en 2006⁷¹, ce qui montre au moins une coïncidence temporelle entre la mise en place de la législation sur le surendettement et la baisse du contentieux de l'impayé.

S'agissant du crédit aux entreprises, la jurisprudence a pu jouer un rôle important dans les processus de sélection des entreprises devant bénéficier du crédit.

b) L'admission du principe de la responsabilité du banquier envers les créanciers de l'emprunteur

⁷⁰ Voir pour les années ayant immédiatement suivi l'entrée en vigueur de la loi le rapport du CERCRID : l'application de la loi du 31 décembre 1989 par les tribunaux d'instance, 1993.

⁷¹ Pour 2008, ce nombre est de 8535. Pour 2009, le chiffre est porté à 9991.

37. Le crédit bancaire joue un rôle essentiel dans le monde des affaires. Il permet ainsi au crédit de pouvoir réaliser les investissements qu'il souhaite. Mais la distribution du crédit peut également causer des préjudices à des tiers qui contractent avec l'emprunteur. En effet, le crédit peut conduire à une prolongation artificielle de la vie d'une entreprise, reportant de ce fait la date de cessation des paiements. Il peut aussi avoir pour conséquence une diminution de l'actif ou une augmentation du passif de l'entreprise, créant ainsi un préjudice aux créanciers. Ce préjudice peut également résulter du fait que l'octroi du crédit a conféré à l'entreprise une apparence de solvabilité dommageable à ses créanciers. L'activité bancaire peut donc générer une responsabilité délictuelle. Consciente de ces situations, la Cour de cassation⁷² a reconnu le principe de la responsabilité des banques envers les créanciers du crédit sur le fondement de l'art. 1382 C. civ. dans un arrêt du 1^{er} août 1876, dont la solution a été ultérieurement reprise de manière constante par la Haute juridiction⁷³. Mais ce principe, qui a certainement conduit les banques à une vigilance plus accrue en matière de distribution du crédit aux entreprises, s'est heurté à un contexte procédural particulier ayant considérablement gêné sa mise en application effective (i). Le rappel de ce contexte procédural présente un intérêt, tant il met en exergue les incidences de la jurisprudence sur le contentieux bancaire. Une fois les difficultés procédurales levées, la Haute juridiction a réaffirmé son pragmatisme en définissant progressivement le régime juridique de l'action en responsabilité des banques, qui précédait une intervention législative (ii).

i) Les difficultés procédurales de mise en œuvre du principe

38. Le contexte procédural de mise en œuvre de la responsabilité du banquier dispensateur de crédits envers les créanciers de l'entreprise créditée, a pendant plusieurs années gêné l'application effective du principe. Bien que la jurisprudence l'ait réaffirmé dans un arrêt du 28 novembre 1960, sa concrétisation s'est longtemps heurtée à l'irrecevabilité de l'action du syndic agissant au nom de la masse des créanciers. La chambre commerciale de la

⁷² Civ. 1^{er} août 1876 : D. 1876, 1, 457.

⁷³ Com. 28 nov. 1960 : Bull. civ. III, p. 348; Rec. gén. Lois et Arrêts, 1962, p. 83, obs. Vasseur ; Banque, 1962, p. 269, obs. Marin ; RTD com. 1961, p. 460, obs. Houin.

Cour de cassation⁷⁴ avait en effet déclaré l'action du syndic irrecevable, suite à l'exception de procédure soulevée par les banques et reposant sur le défaut de qualité pour agir du syndic. On soutenait⁷⁵ que le syndic n'a qualité que pour agir en défense des intérêts collectifs communs à l'ensemble des créanciers de la masse. Sa fonction n'était donc pas de représenter et de mettre en œuvre des intérêts individuels, spécifiques à un créancier ou à un groupe de créanciers. Or dans la masse des créanciers, se trouvaient les banques dont le comportement était jugé fautif. On pouvait aussi y trouver d'autres créanciers ayant contribué à l'aggravation du passif de l'entreprise. Comment le syndic pouvait-il dans ces conditions représenter les intérêts de la masse des créanciers, dès lors que certains des créanciers fautifs s'y retrouvaient ? En outre, la diversité des situations individuelles n'interdisait-elle pas une action collective ?

39. Ce raisonnement était par ailleurs retenu dans certaines autres hypothèses de mise en jeu de la responsabilité. Il en était ainsi en matière de responsabilité contre les dirigeants d'une société en faillite. En pareil cas, le syndic ne disposait que de l'action sociale ou de masse. Seuls les créanciers ayant subi un préjudice personnel pouvaient avoir qualité pour exercer une action individuelle⁷⁶. La même solution était valable dans le cas de la responsabilité de l'Etat pour absence ou insuffisance de contrôle des banques ayant fait faillite⁷⁷.

Les créanciers étaient ainsi contraints à exercer des actions individuelles (à moins pour eux de se regrouper). « Pour être d'ordre procédural, le moyen conférait une quasi-immunité au banquier. »⁷⁸. Le syndic semblait en effet être la personne la mieux placée pour exercer ce type d'action, puisqu' il « possède les informations permettant d'apprécier les responsabilités encourues, soit par les dirigeants sociaux, soit par les tiers. En outre, la plupart des créanciers, et surtout les plus faibles sur le plan économique, hésitent à faire les frais d'un procès long et difficile, et à consigner la provision de l'expert qui est généralement désigné. L'irrecevabilité de l'action du syndic aboutissait, en fait, à l'irresponsabilité des banques.... Une simple 'astuce de procédure'⁷⁹ ne (pouvait) légitimement paralyser cet instrument nécessaire de

⁷⁴ Com., 9 juin 1969 : Bull. civ. III, n° 215 ; Com. 27 octobre 1969, JCP 1970, éd. A, IV, 5663 ; Com., 9 octobre 1974 : Bull. civ. IV, p. 196, n° 241 ; JCP 1975, IV, 6502, p. 109, note J. A.

⁷⁵ Cf. notamment C. Gavalda, note sous Aix 2 juillet 1970 : JCP G II, 16686.

⁷⁶ Com., 24 juin 1969 : D. 1969, 8 ; Com., 10 fév. 1969 : Bull. civ. IV, n° 49, p. 51.

⁷⁷ Conseil d'Etat, 12 févr. 1960 : Banque 1960, 320 ; 28 juin 1963 : AJDA 1963, II, 499 ; 13 juin 1964 : JCP G 1965, II, 14416 ; 19 janv. 1966 : JCP G 1966, II, 14526.

⁷⁸ Gavalda et Stoufflet, note sous Com., 7 janvier 1976, JCP G 1976, II, 18327.

⁷⁹ Cf. C. Gavalda, JCP 1971, II, 16686.

moralisation des relations commerciales. »⁸⁰. Cet obstacle procédural limitait en effet considérablement la mise en œuvre effective du principe de responsabilité des banques envers les créanciers de l'entreprise créditée, empêchant tout débat au fond.

40. Mais la première chambre civile⁸¹ de la Cour de cassation avait quant à elle admis en 1974 la recevabilité de l'action du syndic agissant au nom de la masse des créanciers dans une affaire ne concernant certes pas la responsabilité bancaire, mais où le problème semblait similaire. Il s'agissait en l'espèce du client d'un notaire dont la faillite avait été provoquée par les agissements délictueux de ce dernier. L'action du syndic fut admise aux motifs qu'« il résulte des constatations de la Cour d'appel que si les créanciers, dont certains ont agi à titre individuel, ont souffert un préjudice qui leur était propre, les agissements (du notaire) ont causé préjudice à tous les créanciers faisant partie de la masse et que l'action du syndic tendait à la réparation de l'atteinte portée aux intérêts collectifs de la masse. En conséquence, la Cour d'appel a pu (...) déclarer recevable l'action du syndic » contre la Caisse de garantie des notaires. Comme l'a relevé un auteur, « malgré l'allusion au préjudice subi par tous les créanciers, l'arrêt de la 1^{re} Chambre civile est d'une inspiration toute différente de la jurisprudence de la Chambre commerciale. Au lieu d'envisager, comme cette dernière, le syndic comme un mandataire exerçant des actions en responsabilité appartenant à chacun des créanciers composant la masse, la 1^{re} chambre civile voit dans le syndic le représentant légal des intérêts collectifs de la masse. Autrement dit, à la différence de la Chambre commerciale, la 1^{re} Chambre civile déduit les conséquences logiques de la personnalité morale de la masse, reconnue aujourd'hui par une jurisprudence et une doctrine pratiquement unanimes. »⁸².

41. La Chambre commerciale est par la suite revenue sur sa jurisprudence, face aux résistances de certaines cours d'appel et à l'action de la doctrine, qui tout en reconnaissant le fondement juridique de la solution, la remettait en cause sur le terrain de l'opportunité.

Ce moyen procédural « imparable en droit »⁸³ mais critiqué par certains auteurs⁸⁴ a ainsi été remis en cause par la Cour de cassation. Sensible à l'argumentation d'une partie de la doctrine, la Haute juridiction a tranché cette controverse dans l'arrêt *Laroche* du 7 janvier

⁸⁰ J. Ghestin, La prophétie réalisée, JCP 1976, I, 2786.

⁸¹ Civ. 1^{re}, 25 avril 1974 : Bull. civ. I, n° 119, p. 101.

⁸² J. Ghestin, préc.

⁸³ C. Gavalda, note sous Aix 2 juillet 1970 : JCP 1971, II, 16686 ; cf. également Cabrillac et Rives-Lange, RTD com. 1972, 212.

⁸⁴ Derrida, note sous Com., 27 mars 1973 : D. 1973, J, 577 ; Ripert et Roblot, Traité élémentaire de droit commercial, T. II, 7^e éd. LGDJ n° 2916-1.

1976⁸⁵, admettant la recevabilité de l'action du syndic. Dans cet arrêt de principe, la Haute juridiction a ainsi posé la règle selon laquelle « le syndic trouve dans les pouvoirs qui lui sont conférés par la loi, qualité pour exercer une action en paiement de dommages et intérêts contre toute personne, fût-elle créancière dans la masse, coupable d'avoir contribué, par des agissements fautifs, à la diminution de l'actif ou à l'aggravation du passif ; que dès lors, la Cour d'appel a justement déclaré recevable l'action en responsabilité intentée par le syndic contre la BNP... ». Cet arrêt a donc levé la « quasi-immunité » dont jouissaient les banques. En ouvrant ainsi les vannes, il permettait au débat au fond d'avoir lieu, et aux premières condamnations d'être prononcées à l'encontre des établissements de crédit.

42. La Cour de cassation a ainsi posé des normes qui ont pu avoir une incidence sur la maîtrise du risque, en contraignant les banques à une vigilance plus accrue en matière de distribution du crédit à des débiteurs en difficulté. Certes, en permettant aux syndics de mettre en jeu la responsabilité des banques, on a assisté dans un premier temps à une explosion de ce contentieux. Mais à terme, cette jurisprudence a dû conduire les établissements de crédit à une meilleure maîtrise du risque en matière de distribution du crédit aux entreprises, ce qui a été de nature à limiter l'endettement de ces entreprises et par voie de conséquence le contentieux en découlant. On peut y voir l'une des causes de la baisse du contentieux de l'impayé bancaire devant les tribunaux de commerce entre 1993 et 2003. En effet, pour les demandes en paiement d'effets de commerce, le nombre d'affaires terminées diminue de 56,1% entre 1993 et 2003 (de 2441 à 1072) ; sur la même période, cette diminution est de 60,7% pour les demandes en paiement du solde d'un compte bancaire (4056 à 1596), 78,4% pour les demandes en remboursement de prêt (de 7243 à 1562) et de 68,9% pour les demandes relatives à un crédit-bail (de 2392 à 744). La crainte des actions exercées par les syndics a vraisemblablement contribué à une meilleure sélection des emprunteurs. La perspective de perdre tout ou partie de leurs créances à la suite des condamnations à verser des dommages intérêts à la masse des créanciers a dû inciter les banques à une vigilance accrue. On peut penser que le résultat final a consisté en une certaine rationalisation de l'endettement des entreprises, qui a pu avoir une incidence baissière sur le contentieux de l'impayé pouvant en découler.

43. Toutefois, la jurisprudence admettant l'action en responsabilité du syndic a certainement eu une incidence limitée sur le contentieux de l'impayé. En effet, outre qu'elle

⁸⁵ Com., 7 janv. 1976 : JCP G 1976, II, 18327, note Gavalda et Stoufflet.

est intervenue dans le contexte particulier des procédures collectives, elle a connu une évolution dans le temps, qui a posé des conditions restrictives de l'action en responsabilité.

ii) La construction prétorienne du régime juridique de l'action en responsabilité

44. La construction du régime juridique de la responsabilité des banques envers les créanciers du bénéficiaire du crédit s'est affinée au fil des ans. La Cour de cassation a ainsi progressivement mis en place un système adapté de responsabilité bancaire, qui prend notamment en compte les spécificités du métier de banquier.

45. La Chambre commerciale avait tout d'abord exclu l'argument de la collusion frauduleuse entre la banque et son client, au nombre des conditions de l'action en responsabilité⁸⁶. Dans l'arrêt du 28 novembre 1960, la Haute juridiction a cassé l'arrêt de la Cour d'appel de Montpellier en date du 1^{er} mars 1957 aux motifs qu'« attendu qu'en ne recherchant pas si les agissements reprochés à la B.N.C.I. ne constituaient pas, à défaut de fraude, à tout le moins une faute au sens des textes susvisés (art. 1382 et 1383 C. civ.) la Cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ;... ». Il est vrai qu'à l'origine, ce contentieux portait dans bon nombre de cas sur l'escompte des effets de complaisance de commerçants en difficulté par des banquiers, ce qui supposait une fraude de ces derniers. C'est d'ailleurs dans ce contexte qu'a été rendu l'arrêt du 1^{er} août 1876 suscité. Mais la Cour de cassation a reconnu dans l'arrêt du 28 novembre 1960 la possibilité d'une responsabilité pour faute, en dehors de toute fraude, donnant ainsi une amplitude plus importante au principe posé à la fin du siècle précédent.

46. C'est donc sur la notion de faute que se fondait l'action en responsabilité. Cette faute résidait dans la connaissance que la banque avait ou pouvait avoir de la situation de l'entreprise⁸⁷. En effet, le banquier qui accorde un crédit à une entreprise doit s'informer de sa situation financière. S'il apparaît que la banque a effectué les diligences nécessaires en ce

⁸⁶ Com. 28 nov. 1960 préc.

⁸⁷ Com., 26 mars 1996, JCP 1996. IV. 1183.

sens, elle sera exonérée de responsabilité. La Chambre commerciale a ainsi décidé dans un arrêt du 16 décembre 1997, qu'« attendu, en outre, qu'il ne résulte pas des éléments de fait relevés par le jugement ou l'arrêt (...) que la dissimulation du déséquilibre de la situation ait été grossière et décelable par les préposés de la banque lors de leur examen des bilans, à l'époque de l'octroi des crédits, d'autant moins que, selon ces décisions, aucune alarme n'avait, alors, suscité une vigilance particulière de leur part. »⁸⁸.

47. La jurisprudence a par ailleurs précisé que dans les hypothèses de poursuites fondées sur le soutien abusif ou le maintien artificiel d'activité, la banque n'engage sa responsabilité que si elle accorde des crédits en ayant connaissance⁸⁹ de la situation irrémédiablement compromise de l'entreprise⁹⁰. La Cour de cassation a ainsi approuvé une cour d'appel ayant exclu la responsabilité civile d'une banque au motif suivant : la preuve n'est pas rapportée de ce qu'au moment de l'octroi des crédits la situation du fonds de commerce était irrémédiablement compromise, dès lors que la charge d'amortissement des prêts n'avait pas un caractère excessif, que le découvert consenti faisait suite à une progression régulière du chiffre d'affaires et que le gérant bénéficiait des services d'un conseiller spécialisé. La Haute juridiction a également décidé que l'appréciation de la situation irrémédiablement compromise de la société bénéficiaire des crédits relève du pouvoir souverain des juges du fond⁹¹. Il appartenait donc au demandeur d'apporter la preuve de la connaissance de cette situation par la banque.

Comme on le voit, le régime de responsabilité des banques envers les créanciers est le fruit d'une patiente construction prétorienne de 1876 à 2005.

48. La construction progressive des contours de cette responsabilité a permis de définir un cadre jurisprudentiel clair et équilibré de l'action des créanciers. Comme l'a noté J. STOUFFLET, « la Cour de cassation, par une motivation particulièrement soignée de nombreux arrêts rendus en cette matière, a veillé à ce que la responsabilité du donneur de crédit demeure une responsabilité professionnelle raisonnable, n'imposant pas aux banques des obligations paralysantes et n'ayant pas d'effets économiques dévastateurs. »⁹². Ceci a été

⁸⁸ Aff. Soret ès qual. / Crédit Industriel de l'ouest – arrêt n° 2515 D.

⁸⁹ Com., 20 nov. 1990, RJDA 2/1991, n° 136 ; Com., 7 mars 1991, RJDA 7/91, n° 627 ; Com., 2 juin 1992, RJDA 8-9/92, n° 852. Com., 18 mai 1993, Les petites Affiches, n° 24, 25 février 1994. 17, note Gibrila ; Com., 26 avril 1994 et 8 nov. 1994, Rev. dr. bancaire et bourse n° 47, janvier/février 1995. 14, obs. Credot et Gerard. Com., 11 mai 1999, Bull. civ. IV, n° 95, p. 78 ; JCP 1999, éd. E, p. 1730, 2^e espèce, note Legeais.

⁹⁰ Com., 18 février 1997, Bull. civ. IV, n° 53, p. 47.

⁹¹ Com., 1^{er} février 1994, Bull. civ. IV, n° 39, p. 31 ; JCP 1995 éd. E, I, 465, n° 17, obs. Gavalda et Stoufflet.

⁹² J. Stoufflet, préc. p. 518.

de nature à permettre aux acteurs (banques et créanciers du crédit) de savoir avec une certaine précision dans quelles conditions cette responsabilité pouvait être mise en œuvre, et d'adapter leurs attitudes en fonction de ces normes dégagées par le juge. Ce cadre juridique patiemment construit a toutefois été largement remis en cause par la loi du 26 juillet 2005, qui vise à limiter considérablement les hypothèses de poursuites contre les créanciers. A ce titre, elle mérite une étude spécifique⁹³.

L'incitation à une meilleure sélection des emprunteurs découle également des règles de Bâle.

c- L'incidence des règles prudentielles internationales

49. La réglementation prudentielle des banques a considérablement évolué au cours des vingt dernières années, afin de permettre aux banques d'avoir une meilleure maîtrise du risque. Les établissements de crédit sont soumis depuis longtemps au respect d'un certain nombre de ratios – de liquidité, de solvabilité, et de division des risques - destinés tant à protéger la clientèle des déposants que, d'une manière générale, à assurer la bonne santé du système bancaire, indispensable au bon fonctionnement de l'économie. Ainsi, conformément à l'art. L. 511-41 du code monétaire et financier (CMF), « les établissements de crédit sont tenus de respecter des normes de gestion destinées à garantir leur liquidité et leur solvabilité à l'égard des déposants, et plus généralement, des tiers, ainsi que l'équilibre de leur structure financière. Ils doivent en particulier respecter des ratios de couverture et de division des risques. (...) ».

Ce texte constitue le fondement de toute la réglementation prudentielle française. A l'origine élaborée par le Comité de la réglementation bancaire et financière, elle l'est maintenant par le ministre de l'économie depuis la loi n° 2003-706 du 1^{er} août 2003. Ce

⁹³ Cf. infra n° 158 et s., p. 76 et s.

dernier prend des mesures réglementaires après avis du comité consultatif de la législation et de la réglementation financières (CCLRF). Mais aujourd'hui, les règles prudentielles sont directement liées à des sources internationales. Il faut notamment tenir compte des directives européennes⁹⁴, elles-mêmes inspirées par les « règles de Bâle ». Ces règles ont parfois été citées par nos interlocuteurs du monde bancaire, comme pouvant avoir contribué à une politique de sélection plus stricte des emprunteurs par les établissements de crédit. Un bref exposé de ces règles montre en effet qu'elles peuvent avoir une incidence sur la façon dont les banques sélectionnent les emprunteurs.

50. Les règles de Bâle I ont été élaborées par le Comité de Bâle des règles et pratiques bancaires⁹⁵ créé en 1974. Ce comité constitue une instance permanente de coopération en matière de surveillance bancaire. En particulier, il a examiné les modalités d'une coopération internationale propre à renforcer le contrôle prudentiel et à améliorer, à l'échelle mondiale, la qualité de la surveillance des banques. Ont alors été élaborées, en deux temps, des règles dites prudentielles qui sont destinées à « permettre d'assurer la solvabilité des établissements de crédit et la liquidité des dépôts et garantir ainsi les déposants. »⁹⁶.

Dans un premier temps, le Comité de Bâle a proposé en juillet 1988 le ratio international de solvabilité (ratio COOKE) : l'objet de ce ratio « est d'imposer aux grandes banques internationales de détenir un montant minimum de fonds propres », qui est déterminé en fonction des risques assurés par les établissements concernés du fait des engagements contractés par eux. Ce ratio, dans son architecture initiale, n'étant toutefois pas sans faiblesses, le comité a entrepris, à partir de 1998, une nouvelle réflexion qui a conduit à l'adoption, en 2004, d'un dispositif révisé, dit « Nouvel accord de Bâle sur les fonds propres ou Bâle II » encore appelé ratio Mac Donough du nom du président du comité de Bâle de l'époque : William Mac Donough. Il faut relever que les travaux du comité de Bâle, qui n'est pas une autorité supranationale, n'entraînent pas d'obligations pour les Etats et n'ont pas force exécutoire. Il revient aux autorités nationales de mettre en œuvre, selon le dispositif qu'elles

⁹⁴ V. Directive 2000/12/CE du 20 mars 2000 qui regroupe les dispositions des directives antérieures relatives aux fonds propres et à la surveillance prudentielle. V. également, Directive n° 93/6/CEE du conseil du 15 mars 1993 sur l'adéquation des fonds propres des entreprises d'investissement et des établissements de crédit (JOCE n° L 141/1 du 11 juin 1993. Cette directive concerne les fonds propres et la couverture des risques de marché qui comprennent en particulier le risque de position, le risque de règlement/livraison, le risque de contrepartie et le risque de change) ; article 13 de la Directive n° 2004/39/CE du 21 avril 2004 (texte applicable aux établissements de crédit en vertu de l'article 1 de la directive préc.) ; Directive 98/31/CE du parlement et du conseil du 22 juin 1998 modifiant la Directive 93/6/CEE du conseil sur l'adéquation des fonds propres des entreprises d'investissement et des établissements de crédit (JOCE n° L 204/13 du 21 juillet 1998).

⁹⁵ Ce comité est également appelé comité COOKE du nom de l'un de ses présidents.

⁹⁶ S. Grundman, « Le système du droit bancaire européen : quelle sera désormais la compétence de la législation nationale ? » Rev. dr. bancaire et bourse n° 26, juillet/août 199, 115.

jugent adéquat, les normes et les règles de caractère général édictées par celui-ci. Cependant, les règles élaborées par le comité ont été directement à la source de directives européennes, elles-mêmes transposées en France. Elles ont ainsi été à l'origine de l'évolution de la réglementation prudentielle française depuis le début des années 1990. Ces règles peuvent avoir des incidences diverses sur le contentieux de l'impayé. Mais il faut distinguer entre les règles de Bâle I et celles de Bâle II.

51. En ce qui concerne les règles de Bâle I, leur mise en œuvre correspond chronologiquement à peu près au moment où, en France, on commence à observer la décrue du contentieux de l'impayé. En collaboration avec le comité de Bâle, les autorités communautaires ont élaboré un ratio de solvabilité ayant donné lieu à la directive du 18 décembre 1989⁹⁷. Celle-ci a été transposée en droit interne par le règlement CRBF n° 91-05 du 15 février 1991. Les normes dégagées par ces textes reposent sur la notion de fonds propres⁹⁸, qui désigne les ressources stables à la disposition des établissements de crédit. Ainsi, d'après l'art. 1 du règlement CRBF du 15 février 1991 relatif au ratio de solvabilité, « les établissements de crédit, (...), sont tenus dans les conditions prévues au présent règlement de respecter en permanence un ratio de solvabilité, rapport entre le montant de leurs fonds propres et celui de l'ensemble des risques de crédit qu'ils encourent du fait de leurs opérations, au moins égal à 8% ». Par conséquent, les fonds propres de ces établissements doivent toujours avoir une valeur supérieure ou égale à 8% de l'ensemble des risques encourus. Ainsi par exemple, la banque doit financer chaque 100 euros de crédit de la façon suivante : minimum 8 euros de fonds propres et maximum 92 euros en utilisant les autres ressources de financement tels que les dépôts, emprunts, ou le financement interbancaire. Ces fonds propres sont calculés conformément au règlement CRBF n° 90-02 du 23 février 1990. Ces exigences ont été appliquées dès le 31 décembre 1992, et la commission bancaire a été chargée de veiller à leur respect⁹⁹. On peut penser que la mise en place de ces nouvelles exigences a contribué à inciter les banques à une plus grande rigueur dans l'octroi des crédits, même si cette réglementation ne semble pas explicitement avoir eu un impact sur la sélection des bénéficiaires du crédit. Ce sont surtout les règles de Bâle II qui posent un niveau d'exigence plus élevé de sélection des emprunteurs.

⁹⁷ Directive 89/647/CEE du 18 décembre 1989 relative au ratio de solvabilité des établissements de crédit, JOCE n° L 386/14 du 30 décembre 1989 : Les dispositions de cette directive ont été reprises par la directive du 20 mars 2000.

⁹⁸ Règlement CRBF n° 90-02 du 23 février 1990 relatif aux fonds propres.

⁹⁹ Art 9 et 10 du règlement CRBF de 1991.

52. En effet, la nouvelle réflexion entreprise en 1998 par le comité de Bâle a conduit à l'adoption en 2004 d'un nouvel accord de Bâle sur les fonds propres dénommé Bâle II (ou ratio Mac Donough). Cette réflexion se fondait sur les limites des accords de Bâle I, dont la plus importante était celle liée à la définition des engagements de crédit. La principale variable prise en compte était d'ordre quantitatif, soit le montant des crédits distribués. Les règles issues des accords de Bâle I semblaient ainsi négliger la dimension essentielle de la qualité de l'emprunteur, et donc du risque qu'il représente réellement. Le comité de Bâle a donc proposé en 2004 un nouvel ensemble de recommandations, au terme duquel est définie une mesure plus pertinente du risque de crédit, avec en particulier la prise en compte de la qualité de l'emprunteur, y compris par l'intermédiaire d'un système de notation financière interne propre à chaque établissement (dénommé IRB, *International Rating Based*). Ces nouvelles règles de Bâle impliquent donc une meilleure sélection des emprunteurs par les établissements de crédit. Il s'agit par conséquent d'un facteur important de prévention du risque et indirectement de prévention du contentieux de l'impayé. Ces règles ont été publiées le 26 juin 2004, et intégrées dans la législation européenne par une directive 2006/49/CE du 14 juin 2006, transposée en droit interne par un arrêté du 20 février 2007¹⁰⁰.

53. Cette évolution normative apparaît comme le reflet de préoccupations du monde bancaire en matière de contrôle de risques liés à la qualité des emprunteurs, bien avant la mise en place des règles de Bâle II. Cette nécessité d'une meilleure appréciation du risque a pu jouer avant la consécration législative et réglementaire intervenue ultérieurement. C'est pourquoi la baisse du contentieux de l'impayé sus évoquée peut y trouver un de ses fondements, outre les obligations d'information, de conseil et de mise en garde mises à la charge des établissements de crédit, qui contribuent également à cette baisse.

B- LES DISPOSITIFS POUVANT INCITER À RENONCER A DES OPERATIONS RISQUEES

54. Certaines règles juridiques sont susceptibles d'inciter les clients à renoncer au contrat si les obligations en découlant présentent un risque élevé. Ces règles reposent

¹⁰⁰ JOCE 1^{er} mars 2007.

essentiellement sur l'information, le conseil et la mise en garde, aussi bien en matière de crédit, de cautionnement que d'investissement. Elles visent ainsi à protéger le consentement de certains contractants. Cette protection du consentement, est certes susceptible d'avoir un impact sur le contentieux des vices du consentement¹⁰¹. Mais elle peut aussi avoir un impact sur le nombre de personnes acceptant de contracter, et par conséquent sur le contentieux de l'impayé, sur celui de la responsabilité, ou encore sur celui du formalisme du cautionnement. Les clients potentiellement sélectionnables peuvent en effet être conduits à ne pas s'engager. Les dispositifs de protection du consentement sont ainsi susceptibles de jouer différents rôles en matière de prévention du contentieux.

55. Le développement du crédit à la consommation¹⁰² a fait naître la nécessité de mettre en place des règles permettant d'encadrer efficacement cette opération. Du fait de l'essor de la société de consommation, le législateur a adapté progressivement les normes existantes afin d'assurer une protection adéquate du consentement de l'emprunteur et de la caution. Les jalons¹⁰³ de cette législation ont été véritablement posés par la loi du 28 décembre 1966 relative à l'usure, au démarchage et à la publicité. Puis a suivi la loi du 10 janvier 1978 (ou loi « Scrivener 1 ») qui a connu des modifications ultérieures au nombre desquelles la loi de sécurité financière du 1^{er} août 2003 et la loi du 28 janvier 2005 tendant à conforter la confiance et la protection du consommateur. On citera également la loi « Scrivener 2 » du 13 juillet 1979 relative à la protection des consommateurs en matière de crédit immobilier. La récente loi Lagarde de réforme du crédit à la consommation du 1^{er} juillet 2010 s'inscrit dans cette dynamique. Tous ces textes mettent un accent particulier sur l'information du consommateur, partant du principe qu'un emprunteur bien renseigné peut être dissuadé de recourir à un crédit dont il ne serait pas susceptible d'en supporter le remboursement. En principe, une meilleure information et plus largement un meilleur encadrement normatif du crédit pourraient contribuer à une réduction du nombre d'emprunteurs ou de cautions. Mieux informés, certains contractants potentiels peuvent renoncer à s'engager. On comprend ainsi pourquoi le législateur encadre spécifiquement l'information précontractuelle des

¹⁰¹ Cf. infra n° 118 et s., p. 54 et s.

¹⁰² D'après les chiffres du ministère de l'économie, 9 millions de ménages ont un crédit à la consommation. De 2002 à 2007, l'encours des crédits à la consommation au plan national a cru de 5,4% par an. 60% des ventes de véhicules neufs se font à crédit. (www.minefe.gouv.fr)

¹⁰³ Pour une étude détaillée des « grandes lois » qui ont construit le droit de la consommation, cf. D. Baumann, *Droit de la consommation*, Litec 1978. Et dans une perspective historique : P. Ourliac, *Le passé du consumérisme*, Annales de l'Université de Toulouse, T. XXVIII, p. 217.

emprunteurs et cautions. Conformément à une logique arithmétique, moins il y a d'emprunteurs, moins il y aura d'impayés, et *a fortiori* moins de contentieux en la matière.

56. Les normes encadrant la fourniture des services d'investissement mettent également à la charge des prestataires de ces services un certain nombre d'obligations d'information vis-à-vis de la clientèle. Le règlement général de l'AMF pose ainsi le principe d'une information claire et non trompeuse. La réglementation de l'information se veut précise, et de nature à permettre à l'investisseur d'être suffisamment renseigné sur les produits financiers qui lui sont proposés. Les articles 314-10 et suivants du règlement général de l'AMF décrivent de manière suffisamment détaillée les caractères de cette information. Elle doit remplir les critères prévus par le règlement général de l'AMF, même si elle est à caractère promotionnel. Cette information doit en outre être conforme aux conditions posées par l'art. L. 533-12 CMF. Cette disposition prévoit que l'information doit avoir « un contenu exact, clair et non trompeur. ». Le texte précise par ailleurs que « les communications à caractère promotionnel sont clairement identifiables en tant que telles. ». Le II de l'article L. 533-12 CMF prévoit également que l'information doit permettre raisonnablement au client de pouvoir « comprendre la nature du service d'investissement et du type spécifique d'instrument proposé ainsi que les risques y afférents, afin que les clients soient en mesure de prendre des décisions d'investissement en connaissance de cause. ». Tout est donc mis en œuvre, afin que le client soit suffisamment renseigné sur le contenu exact des produits financiers sur lesquels il souhaite investir. Une bonne information étant un atout important dans la prise de décision de l'investisseur, lequel peut ainsi décider de renoncer à l'opération, s'il ne peut en supporter les risques. Cela éviterait ultérieurement des litiges potentiels en la matière, notamment le contentieux de la responsabilité des établissements de crédit prestataires de services d'investissement (ci après PSI).

57. Afin de s'assurer que les investisseurs les plus vulnérables bénéficient d'un encadrement juridique approprié, le législateur impose aux PSI un certain nombre d'obligations dont le but est de leur permettre d'avoir de meilleures chances de s'engager en connaissance de cause. Au nombre de celles-ci, l'art. L. 533-1 CMF édicte le principe suivant lequel « les prestataires de services d'investissement agissent d'une manière honnête, loyale et professionnelle, qui favorise l'intégrité du marché. ». En outre, le législateur prévoit que les

PSI doivent servir au mieux les intérêts des clients¹⁰⁴. Les règles de bonne conduite¹⁰⁵ quant à elles participent d'une meilleure protection juridique des investisseurs, et contribuent à éclairer les choix de ces derniers, dans le cadre d'un marché boursier dont la compréhension des mécanismes de fonctionnement n'est pas accessible à tous. Le respect scrupuleux des règles de bonne conduite contraint les PSI, à apporter aux investisseurs une expertise adaptée à la situation de chacun. Par conséquent, les clients bénéficiaires de ces règles s'engagent sur les marchés financiers nantis en principe de connaissances leur permettant de mieux apprécier les risques qu'ils prennent. Ils ont ainsi la possibilité de renoncer à certaines opérations, ce qui limiterait les sources de dépréciation de leurs comptes titres. Cette dépréciation peut être une cause d'endettement auprès des établissements de crédit PSI. Les règles protectrices de l'investisseur peuvent ainsi influencer sur le contentieux de l'impayé bancaire, mais aussi sur celui de la responsabilité des PSI.

58. En amont de l'activité bancaire, le législateur encadre les pratiques commerciales au nombre desquelles celles concernant la publicité et le démarchage, afin d'assurer au consommateur une information précontractuelle non trompeuse. L'ordonnance du 6 juin 2005¹⁰⁶ a ainsi inséré dans le code de la consommation des dispositions spécifiques s'appliquant aux contrats relatifs aux services financiers (art. L. 121-20-8 et s. C. consom.), intégrant aussi bien les services bancaires que les services d'investissement. Ce texte vise à adapter les règles légales à l'évolution des pratiques des acteurs. Ses dispositions permettent en effet de prendre en compte la fourniture à travers une communication à distance des services financiers à un consommateur. L'objectif est de mettre à la disposition du client une information exacte, afin qu'il puisse s'engager de façon éclairée, ou encore qu'il décide de ne pas contracter.

¹⁰⁴ Art. L. 533-11 CMF.

¹⁰⁵ Ces règles sont prévues aux art. L. 533-11 et s. CMF. Pour les règles de bonne conduite incombant aux conseillers en investissements financiers, v. art. L. 541-8-1 CMF et art. 325-3 à 325-9 du règlement général de l'AMF.

La philosophie générale de ce texte montre que le prestataire de services d'investissement doit en toutes circonstances privilégier l'intérêt de son client. Les termes génériques utilisés par le législateur (« loyauté », « équité », « intégrité »...) traduisent une exigence de professionnalisme irréprochable de la part du banquier prestataire de ces services. Bien que leur caractère générique soit susceptible d'interprétations, ces termes visent à mettre à la charge des PSI l'exigence d'un encadrement adéquat de leurs clients investisseurs. Bien encadré, le client passera des contrats sur les marchés boursiers en connaissance de cause et pourra difficilement imputer à sa banque des éventuelles pertes subies. Cela peut fortement le dissuader à intenter une action en responsabilité. En ce sens, les règles législatives contribuent à prévenir les risques pris par les investisseurs sur les marchés financiers, contribuant ainsi à prévenir d'éventuels litiges entre investisseurs et PSI.

¹⁰⁶ Cette ordonnance a transposé en droit interne la directive du 23 septembre 2002 relative à la commercialisation à distance des services financiers. Outre les services bancaires et les services d'investissement, cette directive concerne également les activités d'assurance.

L'existence de sanctions pénales en cas de manquement à ces règles leur confère un caractère encore plus dissuasif.

59. Plus récente, la loi Lagarde de réforme du crédit à la consommation¹⁰⁷ a quant à elle pour ambition de « développer un crédit responsable et de mieux accompagner les personnes qui connaissent des difficultés d'endettement. ». Dans cette perspective, elle comporte des règles pouvant inciter les emprunteurs à renoncer au contrat de crédit. Le renforcement de l'information précontractuelle par la nouvelle loi, aussi bien dans les agences bancaires que sur les lieux de vente, s'inscrit dans cette logique. Il est par exemple prévu à l'art. L. 311-6 (dont l'entrée en vigueur est différée au 1^{er} mai 2011) que :

« I. - Préalablement à la conclusion du contrat de crédit, le prêteur ou l'intermédiaire de crédit donne à l'emprunteur, par écrit ou sur un autre support durable, les informations nécessaires à la comparaison de différentes offres et permettant à l'emprunteur, compte tenu de ses préférences, d'appréhender clairement l'étendue de son engagement. (...) ». L'emprunteur est ainsi mis devant le risque que présente l'opération, ce qui peut le conduire à y renoncer.

Sur un autre plan, la publicité faite par les établissements de crédit est davantage encadrée par la loi Lagarde, en vue de permettre aux éventuels emprunteurs d'avoir une information précontractuelle exacte. Ainsi par exemple, afin de clarifier l'information de l'emprunteur potentiel sur le coût des crédits, le taux d'intérêt du crédit (taux annuel effectif global) devra apparaître dans une taille de caractère au moins aussi importante que celle utilisée pour les taux promotionnels, et il doit être inscrit dans le corps principal du texte publicitaire¹⁰⁸. Le législateur s'efforce à travers ces différents textes de protéger le consommateur, grâce à une meilleure information des emprunteurs potentiels ou des cautions, ce qui peut contribuer à réduire le nombre de personnes endettées, et partant le contentieux de l'impayé.

60. Outre une meilleure information découlant de la publicité, l'offre préalable de crédit (ou l'offre de contrat de crédit)¹⁰⁹ et le droit de rétractation permettent aux emprunteurs consommateurs ou aux cautions d'avoir le temps nécessaire pour mieux réfléchir sur les contrats de crédit qui leur sont proposés. L'offre préalable de crédit, qui concerne aussi bien le

¹⁰⁷Loi n° 2010-737 du 1^{er} juillet 2010 portant réforme du crédit à la consommation (JO du 2 juillet 2010). L'exposé des motifs du projet de cette loi est disponible à l'adresse suivante : http://www.minefe.gouv.fr/presse/dossiers_de_presse/090422credit_conso/expose_motifs.pdf

¹⁰⁸ Article L. 311-5 du projet de réforme. Ce texte dispose également que « toute publicité, quel que soit le support, comporte la mention suivante : " Un crédit vous engage et doit être remboursé. " ».

¹⁰⁹ Le projet de réforme remplace l'expression « offre préalable de crédit » par « offre de contrat de crédit ».

crédit à la consommation (15 jours minimum d'après l'art. L. 311-8 C. consom.) que le crédit immobilier (30 jours minimum d'après l'art L. 31-10 C. consom.) et leur cautionnement, doit comporter un certain nombre d'informations précisées par le législateur¹¹⁰. Ces informations permettent à l'emprunteur ou à la caution de mieux connaître le contenu des obligations naissant du contrat de crédit. Ces derniers disposent d'un espace temporel raisonnable pour étudier l'offre et éventuellement y renoncer, ce qui ferait disparaître une source potentielle de contentieux de l'impayé ou même de celui de la responsabilité découlant du contrat de crédit. En matière de crédit immobilier, « l'emprunteur et les cautions ne peuvent accepter l'offre que dix jours après qu'ils l'ont reçue. L'acceptation doit être donnée par lettre, le cachet de la poste faisant foi. »¹¹¹. Dans le cadre du crédit mobilier, le délai de rétractation accordé à l'emprunteur¹¹² lui permet même de renoncer à l'offre après la signature du contrat. L'actuelle réforme du crédit à la consommation prévoit de doubler la durée du délai de rétractation actuel, en le portant à 14 jours. Cette réforme prévoit également de relever le seuil du crédit à la consommation à 75 000 euros¹¹³, conformément à la directive¹¹⁴ 2008/48/CE du 23 avril 2008 concernant les contrats de crédit aux consommateurs. Cela permettra de régir une plus grande quantité d'opérations de crédit, contribuant ainsi à protéger de l'endettement un nombre plus important de consommateurs.

L'information du client à travers une meilleure publicité du crédit, le mécanisme de l'offre préalable et celui du droit de rétractation peuvent donc contribuer à réduire le nombre d'emprunteurs et de cautions. Les personnes ne pouvant faire face aux obligations nées du crédit disposant de l'information et du temps nécessaires pour se rendre compte de leur possible défaillance future, et éventuellement s'abstenir de s'endetter, ce qui réduirait à la fois le contentieux de l'impayé ou encore celui de la responsabilité en découlant.

61. Mais le formalisme informatif mis en place par le législateur dans le cadre des crédits régis par le code de la consommation a parfois été critiqué. E. BAZIN assimile le délai de réflexion à un « leurre du fait de la complexité de l'information fournie. »¹¹⁵. Cet auteur

¹¹⁰ L'art. L. 311-10 C. consom. énumère les informations devant figurer dans l'offre préalable de crédit à la consommation. Les informations contenues dans l'offre de crédit immobilier sont fixées à L'art. L. 312-8 C. consom.

¹¹¹ Art. L. 312-10 al. 2 C. consom.

¹¹² La Cour d'appel de Douai décide que le bénéfice du délai de rétractation ne peut profiter qu'à l'emprunteur et non à la caution. Cf. Douai, 15 sept. 1994. Gaz. Pal. 1996. 1. Somm. 150.

¹¹³ L'augmentation de ce seuil devrait entraîner une vigilance plus accrue des établissements de crédit en matière de sélection des emprunteurs, au vu de l'importance des sommes en jeu.

¹¹⁴ Le délai de transposition de cette directive est fixé au 12 mai 2010. Elle a pour buts principaux de renforcer le recours au crédit transfrontalier, et de renforcer la protection du consommateur.

¹¹⁵ E. Bazin, Le devoir du prêteur d'éclairer l'emprunteur consommateur sur les risques encourus lors de la conclusion d'un crédit. Revue Lamy Droit des affaires, perspectives et études 2007.

considère en effet l'information précontractuelle comme trop abstraite et standardisée pour remplir son office de prévention du surendettement. Pour lui, « le formalisme informatif qui est ici pléthorique n'atteint pas son objectif d'éclairer le consentement du consommateur car plus le consommateur est submergé d'informations, moins il se sent concerné, plus il devient un simple spectateur. En d'autres termes, l'information de l'emprunteur parce qu'elle est multiple, compliquée, abondante, touffue, envahissante est là, vide de sens et contribue plutôt à endormir l'intelligence qu'à l'éveiller. ». En dépit de toutes ces critiques, le formalisme informatif mis en place reflète la volonté législative de protéger l'emprunteur, et partant de prévenir l'endettement et par voie de conséquence le contentieux en découlant. La pire des solutions aurait en effet été de laisser les parties conclure leurs contrats de crédit suivant le principe du consensualisme, sans formalisme particulier, comme cela se fait dans le cadre du droit commun. Le législateur s'efforce en effet de clarifier la relation contractuelle entre prêteurs et clients et de protéger les consommateurs emprunteurs et les cautions. Il prend des dispositions afin que la sphère contractuelle soit régie par de règles concourant à promouvoir des rapports plus équilibrés entre les parties. Dans ce dessein, il a dû remettre en cause certaines techniques classiques du droit des contrats et le principe même de la force obligatoire de la convention par le mécanisme du droit de rétractation en matière de crédit à la consommation.

62. On comprend toutefois à la lumière de ces critiques pourquoi la jurisprudence, après quelques divergences, a créé une obligation de conseil, puis un devoir de mise en garde¹¹⁶, qui posent des exigences allant au-delà de la simple obligation d'information. Ce faisant, la Cour de cassation semble en cette matière développer une magistrature sociale, le juge devant certes dire le droit, mais aussi répondre aux attentes du corps social, en participant ainsi activement à la prévention de l'endettement. En effet, les mécanismes législatifs de prévention des conflits les plus sophistiqués ne permettent pas toujours de faire obstacle à la survenance des événements que l'on souhaite éviter. Les règles légales et réglementaires destinées à prévenir l'endettement peuvent s'avérer insuffisantes. Il appartient donc au juge de corriger les lacunes de la loi. En principe, la tâche du juge est d'appliquer la loi, expression de la volonté générale. Mais il peut arriver que la loi ne règle pas toutes les situations auxquelles le juge est confronté, ou que l'application du texte de loi ne satisfasse pas entièrement. Le juge est tenu malgré tout de régler le litige, comme le lui impose l'art. 4 C. civ. Dans ces

¹¹⁶ Dans la dernière jurisprudence, le devoir est devenu une obligation. Pour un exemple récent : Com. 26 janv. 2010, FS-P+B, n° 08-18354.

hypothèses, il doit faire œuvre créatrice, et par conséquent élaborer des normes lui permettant de remplir sa mission de garant de la justice. L'activité bancaire a ainsi donné au juge l'occasion de dégager des normes¹¹⁷, au nombre desquelles celle du devoir de mise en garde du banquier, en matière de crédit.

63. Si l'information du client n'a pas fait l'objet de discussions doctrinales ni de divergences jurisprudentielles, en particulier lorsque ce dernier est inexpérimenté en matière bancaire et financière, le conseil du client par la banque a en revanche été au centre de débats. « L'information porte sur les conditions du service sollicité »¹¹⁸ par le client. L'exigence de loyauté dans la relation contractuelle impose en effet que le cocontractant soit informé du service faisant l'objet du contrat. Le conseil quant à lui porte sur l'opportunité du service requis par le client. Il s'agit d'« une information orientée consistant à faire part de son opinion quant à l'opportunité d'effectuer ou non une opération. »¹¹⁹.

La mise en garde consiste à « attirer l'attention de l'emprunteur ou de la caution sur les risques de l'opération de crédit et, plus précisément, sur les événements, tels le décès, l'invalidité, le divorce ou l'échec de l'activité, susceptibles de faire obstacle au remboursement. »¹²⁰.

64. La banque est-elle tenue de conseiller son client emprunteur et de le mettre en garde? Les divergences sont apparues dans un premier temps au sein de la Cour de cassation quant à la réponse à cette interrogation. La première chambre civile a été en avant-garde de l'admission du devoir de conseil et de celui de mise en garde. La chambre commerciale quant

¹¹⁷ Dans une logique de consécration des devoirs professionnels du banquier, la jurisprudence impose au banquier en matière de gestion des comptes une certaine vigilance permettant de déceler des anomalies révélatrices d'erreurs ou de fraudes. En effet, bien que le banquier soit tenu par le principe de non-ingérence dans les affaires de ses clients, la jurisprudence a apporté un tempérament à ce principe, qui se fonde sur le devoir de vigilance. Le principe de non-ingérence semble avoir été posé par un arrêt de la Cour de cassation en date du 28 janvier 1930, *Gaz. Pal.* 1930. 1. 550. *RTD civ.*, 1930. 369, obs. Demogue. Le devoir de vigilance qui tempère ce principe conduit le banquier à exercer une surveillance, afin de pouvoir déceler les anomalies évidentes ou apparentes dans le cadre de la gestion des comptes de ses clients. Sur ce point : cf. *Com.* 30 oct. 1984, *Bull. civ. IV*, n° 285, p. 231 ; *Com.*, 10 déc. 2003, *Banque et droit* n° 95, mai-juin 2004. 50, obs. Bonneau. La Cour de cassation précise qu'il s'agit d'anomalies ne pouvant échapper à un banquier normalement diligent (*Com.*, 11 janv. 1983, *Bull. civ. IV*, n° 11, p. 8 ; *D.* 1984. IR 79, obs. Vasseur). Dans ces hypothèses, le banquier doit s'informer auprès de son client s'il souhaite écarter sa responsabilité. Ces règles sont de nature à prévenir le contentieux en matière d'opérations de caisse, puisqu'elles obligent le banquier à surveiller les mouvements anormaux et à les porter à la connaissance des clients, s'exonérant ainsi d'éventuels litiges portant sur sa responsabilité.

¹¹⁸ T. Bonneau, préc. n° 419, p. 328.

¹¹⁹ M. Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, LGDJ 1992, n° 11 et 471.

¹²⁰ M. Storck, *Revue Lamy Droit des affaires* 2008, extrait du colloque : *Problématiques autour du droit du crédit*, Université Robert SCHUMAN de Strasbourg, 20 juin 2008.

à elle refusait d'admettre le principe, mais elle s'est finalement ralliée à la position de la première chambre civile, permettant ainsi une consécration solennelle du devoir de mise en garde en chambre mixte.

65. Les premiers jalons de la jurisprudence relative au devoir de mise en garde ont en effet été posés dans un arrêt de la première chambre civile du 8 juin 1994. La Haute juridiction a décidé, dans une affaire où un exploitant agricole avait contracté un emprunt aux charges disproportionnées par rapport à ses revenus que : « (...) la cour d'appel a pu en déduire que la société Calif (prêteur) avait agi avec une légèreté blâmable, cette faute ayant contribué au préjudice, résultant pour l'établissement financier du non remboursement du prêt, dans une proportion que les juges du second degré ont souverainement appréciée... ». D. LEGEAIS¹²¹ commentant cet arrêt de rejet affirme que « la cour d'appel a semble-t-il également sanctionné un manquement à un devoir de conseil... ». Il y a lieu de signaler que cet arrêt est intervenu dans un contexte de discussions doctrinales sur l'existence du devoir de conseil du banquier. Certains auteurs avaient pris position pour un tel devoir¹²², alors que d'autres, se fondant sur le principe de non-immixtion du banquier dans les affaires de ses clients en refusaient l'existence¹²³. Les juridictions du fond étaient également divisées sur la question.

66. Le terme « mise en garde » apparaît formellement dans un arrêt du 27 juin 1995¹²⁴. La première chambre civile de la Cour de cassation a ainsi retenu la responsabilité de deux établissements de crédit en énonçant parmi les motifs celui selon lequel « les prêteurs ne justifiaient pas, ni même n'alléguaient avoir mis en garde les emprunteurs sur l'importance de l'endettement qui résulterait de ces prêts (...) ». Elle décide également que le respect de l'information légale applicable au crédit immobilier ne dispense pas l'établissement de crédit de son devoir de conseil à l'égard de l'emprunteur, en particulier lorsqu'il apparaît à ce professionnel que les charges du prêt sont excessives par rapport à la modicité des ressources du consommateur. La Haute juridiction a par conséquent retenu la responsabilité du prêteur pour manquement à son devoir de mise en garde en raison du fait qu'il avait accordé un prêt d'un montant excessif compte tenu des capacités de remboursement de l'emprunteur.

¹²¹ D. Legeais, note sous Civ. 1^{re}, 8 juin 1994, n° 92-10.560, Bull. civ. I, n° 207. JCP E 1995, II, n° 652, spéc. n° 12.

¹²² Cf. F. Credot, L'octroi de crédits et l'obligation de conseil du banquier, Droit et patrimoine 1994, p. 34.

¹²³ J.-L. Rives-Lange et M. Contamine-Raynaud, Droit bancaire, n° 168

¹²⁴ Civ. 1^{re}, 27 juin 1995, n° 92-19.212, Bull. civ. I, n° 287. D. 1995, jur., P. 621, note S. Piedelievre.

Commentant cet arrêt, D. MAZEAUD observe que « la Cour semble assimiler l'obligation de conseil et l'obligation de mise en garde. »¹²⁵.

67. La consécration du devoir de mise en garde est véritablement faite par les quatre arrêts de la première chambre civile du 12 juillet 2005¹²⁶. La Haute juridiction introduit également la distinction entre l'emprunteur averti et l'emprunteur profane. L'un des motifs de ces arrêts est à cet égard édifiant : « Mais attendu qu'après avoir analysé les facultés contributives des époux X..., en tenant compte notamment des revenus produits par la location de la maison achetée au moyen du prêt litigieux, la cour d'appel, constatant que les emprunteurs ne pouvaient faire face aux échéances de ce prêt avec leurs revenus locatifs, non plus qu'avec leurs très modestes ressources, a retenu que la banque avait méconnu ses obligations à l'égard de ces emprunteurs profanes en ne vérifiant pas leurs capacités financières et en leur accordant un prêt excessif au regard de leurs facultés contributives, manquant ainsi à son devoir de mise en garde ; qu'elle a légalement justifié sa décision de ce chef ; (...) »¹²⁷.

68. La chambre commerciale qui avait une jurisprudence¹²⁸ différente fondée sur le principe de non immixtion du banquier dans les affaires de son client s'est progressivement rapprochée de la position de la première chambre civile à partir d'un arrêt du 11 mai 1999¹²⁹. L'unification des deux chambres sera totale avec l'arrêt du 20 juin 2006¹³⁰.

Cette unification est confirmée par deux arrêts de la Cour de cassation réunie en chambre mixte le 29 juin 2007¹³¹. Dans ces deux arrêts, la Haute juridiction censure les juges du fond pour n'avoir pas précisé si les intéressés étaient des emprunteurs non avertis (ou « profanes »)

¹²⁵ Obs. Mazeaud sous Civ. 1^{re}, 27 juin 1995, Defrénois 1995 art. 36210, n° 149, p. 1416.

¹²⁶ Civ. 1^{re}, 12 juill. 2005, n° 02-13.155, Bull. civ. I, n° 324. Civ. 1^{re}, 12 juill. 2005, n° 03-10.921, Bull. Civ. I, n° 325. Civ. 1^{re}, 12 juill. 2005, n° 03-10.770, Bull. Civ. I, n° 326; Civ. 1^{re}, 12 juill. 2005, n° 03-10.115, Bull. Civ. I, n° 327, D. 2005, p. 2276, obs. X. Delpech.

¹²⁷ Pourvoi n° 03-10.921.

¹²⁸ La Chambre commerciale de la Cour de cassation considérait quant à elle que le banquier n'a pas à s'immiscer dans les affaires de son client et n'admettait ni le devoir de conseil ni celui de mise en garde. La question a donc été au centre de divergences jurisprudentielles. Par conséquent, le niveau de vigilance requis des banques n'était pas le même devant chacune des formations. La chambre commerciale a ainsi décidé en 1997 dans une affaire où l'emprunteur reprochait « une légèreté blâmable » à une caisse du Crédit Agricole que la banque n'était pas débitrice d'une obligation de conseil au profit de l'emprunteur. Cf. Cass. com., 18 févr. 1997, n° 94-18073, publié au bulletin.

¹²⁹ Cass. com., 11 mai 1999, n° 96-16.088, Bull. civ. IV, n° 95. Elle avait jugé dans cet arrêt que le banquier n'est responsable du surendettement de l'emprunteur que dans l'hypothèse où il a connaissance d'informations sur l'emprunteur que ce dernier ignore lui-même (théorie de l'asymétrie de l'information). Elle soutient « qu'en se déterminant par de tels motifs sans relever que la banque savait que la situation de l'entreprise était irrémédiablement compromise, et sans rechercher, dans le cas où elle l'aurait été, si, par suite de circonstances exceptionnelles, M. X... l'ignorait, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ;... » cf. également Cass. com., 26 mars 2002, n° 99-13.810, Bull. civ. IV, n° 57 ; Cass. com., 24 sept. 2003, n° 02-11.362, Bull. civ. IV, n° 137 ; Cass. com., 20 sept. 2005, n° 03-19.732, Bull. civ., n° 176.

¹³⁰ Cass. com., 20 juin 2006, n° 04-14. 114, Bull. civ. IV, n° 145.

et recherché si cette qualité n'obligeait pas la banque à les mettre en garde à raison de leurs capacités financières et des risques de l'endettement né de l'octroi de prêts litigieux. Les arrêts ultérieurs des différentes chambres de la Haute juridiction mettent désormais en application ce devoir de mise en garde¹³². Il s'agit d'une pure création jurisprudentielle, allant au-delà de l'obligation d'information et de conseil. Le devoir de mise en garde est défini par un auteur comme « un conseil négatif : un conseil de ne pas faire, accompagné de l'explication des dangers ou simplement des inconvénients encourus si ce conseil n'est pas suivi. »¹³³. L'effet psychologique de la mise en garde sur le client est beaucoup plus concret et semble plus persuasif que les informations ou les conseils qui peuvent lui être procurés aussi bien par la législation que par les banquiers. Le client est par conséquent susceptible de prendre davantage conscience de la véritable réalité du crédit si le banquier qu'il a en face de lui le met en garde contre les risques en cas de défaillance. On comprend dès lors pourquoi mieux que l'information et le conseil, la mise en garde est susceptible de contribuer à la prévention de l'endettement, et indirectement à celle du contentieux pouvant en découler. Il n'est pas illusoire de penser que certains clients sentant qu'ils ne peuvent faire face aux risques du crédit soient incités à renoncer suite à la mise en garde, ou même que dans ce contexte, les banquiers refusent d'accorder les prêts, compte tenu des facultés de remboursement des clients.

69. Nous convenons avec E. BAZIN¹³⁴ qu'en complément du formalisme informatif qui reste néanmoins nécessaire (mais mériterait un toilettage pour rendre accessible l'information au consommateur moyen, et assurer une meilleure lisibilité à la matière), seule une obligation de conseil négatif mise à la charge du prêteur peut permettre à l'emprunteur de s'endetter raisonnablement. On comprend donc la déduction de cet auteur selon laquelle « le devoir de mise en garde se situe incontestablement à un échelon supérieur à l'obligation d'information ou de renseignement telle que fixée, même avec un luxe de détails, par le législateur en matière de crédit mobilier ou immobilier destiné aux consommateurs. ».

¹³¹ Cass. ch. Mixte, 29 juin 2007, n° 05-21.104, P+B+I+R ; Cass. ch. Mixte, 29 juin 2007, n° 06-11.673, P+B+I+R, D. 2007, p. 2081, note S. Piedelièvre, JCP G 2007, II, n° 10146, note A. Gourio.

¹³² Civ. 1^{re}, 30 oct. 2007, n° 06-17003, D. 2007, act. Jurisp. 2781. Com. 8 janv. 2008, n° 06-10630, inédit. Civ. 1^{re}, 18 sept. 2008, n° 07-17270 publié au bulletin. Com. 7 juillet 2009, n° 08-13536. Civ. 1^{re}, 24 sept. 2009, FS-P+B, n° 08-16.345. Com. 20 oct. 2009, FS-P+B+I, n° 08-20.274. Il résulte de ce dernier arrêt que le préjudice né du manquement par un établissement de crédit à son obligation de mise en garde s'analyse en la perte d'une chance de ne pas contracter.

¹³³ M. Fabre-Magnan, De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie, préf. J. Ghestin, LGDJ, 1992, n° 477.

¹³⁴ E. Bazin, préc.

Cet auteur considère par ailleurs que « si le délai de réflexion a été institué afin de permettre au consommateur d'étudier sereinement l'offre de crédit, il n'en demeure pas moins que la standardisation des contrats de crédit ne facilite pas la mise en concurrence des prêteurs et s'avère dans bien des cas trop technique, donc peu lisible et compréhensible pour le consommateur moyen. Dans ces conditions, le temps laissé à un consommateur pour réfléchir ne peut lui permettre de suppléer ses vices de l'intelligence face à des opérations de consommation de plus en plus mécanisées (en raison du minitel ou d'Internet). ».

70. A la lumière de ces critiques doctrinales (parfois acerbes) portées sur la législation consumériste, on perçoit davantage la nécessité du devoir de mise en garde. Le juge a ainsi mis en place un mécanisme devant inciter les banques à fournir également des « conseils négatifs » aux clients, afin de permettre à ceux-ci de mieux percevoir tous les contours du crédit et d'y renoncer le cas échéant. La jurisprudence a de ce fait rempli son rôle créateur, dans le but de combler les lacunes de la législation en matière de crédit à des personnes non averties. Cette norme jurisprudentielle assure une meilleure protection des emprunteurs ou des cautions. L'obligation de mise en garde concerne en effet aussi bien les particuliers que les professionnels (la distinction emprunteurs avertis/emprunteurs profanes ne coïncidant pas exactement avec celle entre professionnels et non professionnels).

71. La mise en place du devoir de mise en garde pourrait constituer une des causes de la baisse du contentieux de l'impayé. On sait qu'au plan chronologique, la fixation de la jurisprudence sur le devoir de mise en garde ne s'est réalisée qu'en 2005, et que la baisse du contentieux de l'impayé a commencé dès le début des années 1990. Or, à cette époque, la jurisprudence sur la responsabilité du banquier pour défaut de conseil ou de mise en garde de l'emprunteur était encore balbutiante, et ne se manifestait qu'à travers quelques arrêts isolés de la première chambre civile (ne concernant pour l'essentiel que les particuliers emprunteurs). Le premier arrêt de la Cour de cassation est celui du 8 juin 1994. On peut cependant penser que, dès avant la fixation de la jurisprudence de la Cour de cassation, a pu se développer une tendance des juges du fond à condamner les banques ayant accordé des crédits disproportionnés. Une recherche portant sur les décisions du fond publiées dans les principales revues juridiques atteste de l'existence de ces décisions. On trouve ainsi un certain nombre d'arrêts de cours d'appel ou de décisions de première instance rendus au début des années 1990 et qui condamnent vis-à-vis de l'emprunteur, des banques n'ayant pas eu la

prudence attendue d'un professionnel du crédit¹³⁵. A titre d'exemple, on peut citer un jugement particulièrement caractéristique du Tribunal de Grande Instance d'Auxerre du 28 septembre 1992, publié dans une revue de droit bancaire¹³⁶. Cette décision condamne une banque pour avoir manqué à son devoir de conseil en élaborant « un plan de financement d'une cession d'exploitation agricole pour un montant de 1 556 500 F à une personne rapatriée récemment à l'âge de 56 ans n'ayant pour tout apport personnel qu'une somme de 40 000 F sans s'assurer que ce plan comportait un fonds de roulement pouvant être effectivement consacré au fonctionnement de l'exploitation, fonds qu'elle avait, lors des négociations, évalué à 300 000 F sous forme d'un apport personnel et dont elle avait fait alors une condition essentielle de son accord sur le financement ». Même si on trouve dans la même période des décisions des juges du fond exonérant les banques de toute responsabilité envers l'emprunteur, en considérant que ce dernier est mieux informé que sa banque et qu'il lui appartient de supporter les risques du crédit, il ne paraît pas déraisonnable de penser que l'existence, dès le début des années 1990, de décisions retenant la responsabilité du banquier vis-à-vis de son client, décisions probablement connues dans le monde bancaire par le relais de commentateurs spécialisés, a pu convaincre les banquiers que le vent judiciaire tournait en faveur des emprunteurs, et les inciter à une plus grande prudence dans l'octroi des crédits. En tout cas, la coïncidence temporelle entre la baisse du contentieux de l'impayé au début des années 1990 et les premières décisions judiciaires inaugurant le devoir de mise en garde est frappante. A défaut d'une relation de cause à effet impossible à établir, on peut au moins penser qu'à cette période il y a eu des interactions entre le souci de plus en plus grand chez les établissements de crédit de maîtriser le risque crédit, et le développement chez les juges dans une optique principalement consumériste, de l'idée que cette maîtrise du risque faisait partie des devoirs du banquier vis-à-vis de son client. L'étude du CERCRIID sur l'évolution du contentieux de l'impayé¹³⁷ déduit ainsi que la consécration jurisprudentielle de ce devoir de mise en garde a probablement contribué à la baisse du contentieux au fond de l'impayé devant les TGI entre 1993 et 2005. En effet, cette règle prétorienne a certes pu conduire les banques à une plus grande prudence, mais on peut également penser qu'elle a été de nature à dissuader certains clients de contracter les crédits.

¹³⁵ CA Grenoble, 14 mai 1992 : JCP 1992, éd. E, pan. 826. CA Bordeaux, 12 mars 1992 (décision ayant fait l'objet du pourvoi rejeté par la première chambre civile de la Cour de cassation le 8 juin 1994 : Bull. civ. I, n° 207). CA Riom, 11 juin 1992 (décision ayant fait l'objet du pourvoi rejeté par la première chambre civile de la Cour de cassation le 27 juin 1995 : Bull. civ. I, n° 287, p. 200). CA Montpellier, 11 mars 1992, JCP G 1993, IV, 570. TI Bordeaux, 16 février 1989 RTD civ. 1990, 480, obs. J. Mestre.

¹³⁶ Rev. dr. bancaire et bourse n° 36, p. 73, obs. F.-J. Crédot, Y. Gérard.

¹³⁷ Rapport préc. p. 55-56.

72. Bien que le fondement textuel de ce devoir de mise en garde soit l'art. 1147 C. civ., il s'agit d'une création de la Cour de cassation, dans la mesure où ce devoir n'était prévu par aucune disposition législative ou réglementaire. L'art. 1147 C. civ. ne semble donc être qu'un prétexte textuel de mise en œuvre de la responsabilité des banques. Cette règle de vigilance incombant au banquier a été dégagée par le juge dans le cadre d'actions en responsabilité contractuelle engagées par les bénéficiaires du crédit sur le fondement de l'art. 1147 C. civ. En effet, ce contentieux s'est développé dans les hypothèses où le client emprunteur n'était plus en mesure de rembourser le crédit à lui consenti. Poursuivi en paiement par le banquier, l'emprunteur opposait par voie d'exception la responsabilité du banquier dispensateur de crédit, afin de faire jouer la compensation entre sa dette, et les dommages-intérêts réclamés aux banques pour manquement à l'obligation d'information, au devoir de conseil ou à celui de mise en garde.

73. Le recours à l'art. 1147 C. civ. vise principalement à rattacher la norme à un texte de loi, comme le prévoit désormais l'art. 1020 CPC¹³⁸. La création du devoir de mise en garde du banquier envers l'emprunteur non averti constitue donc une nouvelle illustration du rôle normatif de la jurisprudence. Comme l'a relevé J. STOUFFLET¹³⁹, « l'expression devoir de mise en garde est une pure notion jurisprudentielle. Depuis quelques dizaines d'années, la jurisprudence (avec dans quelques cas une intervention législative pas toujours heureuse) s'est attachée à formuler des normes professionnelles de diligence et de vigilance que les banques sont tenues d'observer. La consécration du devoir de mise en garde est l'étape la plus récente de ce travail de structuration... ». Il n'est donc pas surprenant que la loi Lagarde portant réforme du crédit à la consommation institue une règle qui semble être une obligation légale de mise en garde en matière de crédit. L'article L. 311-8 de ce texte prévoit en effet que : « le prêteur ou l'intermédiaire de crédit fournit à l'emprunteur les explications lui permettant de déterminer si le contrat de crédit proposé est adapté à ses besoins et à sa situation financière, notamment à partir des informations contenues dans la fiche mentionnée à l'article L. 311-6. Il attire l'attention de l'emprunteur sur les caractéristiques essentielles du ou des crédits proposés et sur les conséquences que ces crédits peuvent avoir sur sa situation financière, y compris en cas de défaut de paiement. Ces informations sont données, le cas échéant, sur la base des pré-

¹³⁸ D'après cette disposition issue du décret n° 2008-484 du 22 mai 2008, « l'arrêt vise la règle de droit sur laquelle la cassation est fondée. ».

¹³⁹ J. Stoufflet, De la responsabilité du dispensateur de crédit au devoir de mise en garde : histoire brève d'une construction jurisprudentielle, *Revue de Droit bancaire et financier* n°6, Novembre 2007, dossier 26.

férences exprimées par l'emprunteur. Lorsque le crédit est proposé sur un lieu de vente, le prêteur veille à ce que l'emprunteur reçoive ces explications de manière complète et appropriée sur le lieu même de la vente, dans des conditions garantissant la confidentialité des échanges. ». Cette règle s'apparente à une consécration par le législateur du devoir de mise en garde, dans une démarche qui ressemble à un dialogue entre deux sources de droit : la loi et la jurisprudence. La première intégrant le message délivré par la seconde.

74. Le devoir de mise en garde a également été étendu par la jurisprudence à l'investisseur non averti. En effet, en vue de protéger les clients non avertis en matière de services d'investissement, la chambre commerciale de la Cour de cassation a consacré le devoir de mise en garde des établissements de crédit en matière de services d'investissement. Ainsi, par un arrêt de principe « Buon » rendu en 1991, elle a affirmé que « quelles que soient les relations entre un client et sa banque, celle-ci a le devoir de l'informer des risques encourus dans les opérations spéculatives sur les marchés à terme, hors le cas où il en a connaissance. »¹⁴⁰. Il s'agit d'un devoir de mise en garde à la portée étendue mis en place par la Cour de cassation. Il peut s'agir de services liés aux ordres (réception, transmission, exécution), à la gestion de portefeuille voire à la conservation de titres.

75. Cette mise en garde s'appliquait à l'origine à toutes les opérations spéculatives sur les marchés à terme, à une époque où la législation boursière ne s'était pas encore saisie de la question de l'information individuelle de l'investisseur. L'intervention de la Cour de cassation a donc eu un effet créateur. La Haute juridiction a précisé ultérieurement que si le banquier « doit mettre en garde son client contre les risques encourus sur les marchés à terme », c'est uniquement « dans la mesure où il n'en a pas connaissance »¹⁴¹. Cet arrêt confirme la notion de « devoir de mise en garde » dans les rapports entre banques et clients profanes, en matière d'opérations spéculatives. Affinant la jurisprudence Buon, la Cour de cassation a par la suite décidé que cette mise en garde s'applique à toutes les opérations spéculatives, supprimant la notion de marché à terme, ce qui élargit davantage le champ d'application de ce devoir de mise en garde. Comme le relève L. DUMOULIN¹⁴², « cela laisse la voie ouverte à l'exercice de cette mise en garde dans le cadre d'opérations innovantes ou de produits nouveaux, tels qu'ils seront assurément imaginés par les juristes sur le terrain financier, au fil du temps. ».

¹⁴⁰ Cass. com., 5 nov. 1991, Bull. civ. IV, n° 327. Pour un exemple récent de mise en application de ce devoir, cf. Com. 24 mars 2009, n° 08-12.630.

¹⁴¹ Cass. com., 22 mai 2001, Bull. civ. IV, n° 94.

¹⁴² L. Dumoulin, Le devoir de mise en garde de l'investisseur, Revue de Droit bancaire et financier n°6, nov. 2007, dossier 31.

76. La Cour de cassation par cette évolution jurisprudentielle a voulu apporter une protection supplémentaire aux clients non avertis, par une extension des hypothèses de responsabilité du banquier intermédiaire en matière de services financiers. Les opérations qui en découlent peuvent en effet être d'une grande complexité pour les personnes non averties. Elles présentent par ailleurs des risques certains pour ces usagers des services financiers. En effet, les fluctuations de la bourse confèrent par essence aux opérations financières un caractère risqué. La Cour de cassation intervient donc pour poser des règles destinées à protéger les investisseurs non avertis, afin de leur permettre de prendre conscience des dangers que peuvent présenter les marchés financiers dans lesquels ils investissent leurs fonds. La Haute juridiction leur permet ainsi de se décider en connaissance de cause. La jurisprudence contribue par conséquent à prévenir les litiges en matière de services d'investissement, dans la mesure où une mise en garde du client sur les risques de l'opération envisagée peut créer un effet psychologique de nature à le dissuader d'y recourir, dès lors qu'il n'est pas prêt à assumer ces risques.

77. Dans le but de mieux protéger certaines catégories d'investisseurs, la jurisprudence se montre particulièrement exigeante quant à la qualification d'investisseur averti. Il a ainsi été jugé qu'est averti l'investisseur qui avait une connaissance approfondie du fonctionnement du marché (importance des montants, complexité des opérations)¹⁴³. En revanche, les juges ont retenu la qualification de profane à un avocat titulaire d'un DEA en droit des affaires ayant acquis une expérience sur un marché différent¹⁴⁴. La tendance est donc à une acception large de la notion d'investisseur non averti. En outre, ce dernier peut se voir allouer deux indemnités distinctes en cas d'inobservation du devoir de mise en garde. La chambre commerciale¹⁴⁵ de la Cour de cassation a en effet considéré que la perte de chance (de ne pas investir sur un marché financier) constituait un préjudice autonome, distinct du préjudice résultant des opérations effectuées et donc des pertes subies. La protection des investisseurs est ainsi renforcée, ce qui devrait conduire les banques à une plus grande responsabilité.

78. L'intervention de la Cour de cassation dans le cadre du devoir de mise en garde du banquier aussi bien en matière de crédit ou de cautionnement qu'en matière d'investissement

¹⁴³ Com. 16 déc. 2008, n° 08-10.342 et 07-21.922.

¹⁴⁴ Com. 26 mars 2008, Bull. civ. n° 69 ; D. 2008. AJ. 1058, obs. X. Delpech.

¹⁴⁵ Com. 12 févr. 2008, n° 06-21.974.

est une marque certaine du rôle que joue la jurisprudence comme source du droit bancaire. Le juge crée ainsi des règles devant s'imposer aux acteurs du monde bancaire et qui régiront les comportements de ces derniers. Les banquiers seront donc tenus de prendre en compte ces règles, sous peine de sanctions consistant dans le paiement de dommages intérêts destinés à réparer le préjudice découlant du crédit accordé, ou des pertes subies par les investisseurs profanes. On pourrait trouver une cause de la baisse du contentieux de l'impayé dans les règles jurisprudentielles contraignantes mises en place progressivement par les juridictions étatiques. Ces règles conduisent les banques à une vigilance accrue, qui peut les inciter à refuser de conclure des contrats de crédits, de cautionnement ou d'investissement avec des catégories de clientèle présentant des risques particuliers de défaillance. Les clients recevant ces mises en garde peuvent également être incités à renoncer aux opérations envisagées, dès lors qu'ils ne sont pas disposés à en supporter les risques.

79. Par ailleurs, la caution, créancière du devoir de mise en garde au même titre que l'emprunteur et l'investisseur, est soumise à un régime juridique nouveau, qui devrait conduire les créanciers professionnels à une plus grande prudence dans le cadre de ce contrat, et pourrait inciter dans certains cas à ne pas contracter. En effet, la loi pour l'initiative économique du 1^{er} août 2003 dite « loi Dutreil » a institué, en plus d'un principe de contrôle de proportionnalité¹⁴⁶ de l'engagement de la caution personne physique, une obligation d'information¹⁴⁷ de cette dernière, de même qu'un formalisme légal strict en matière de cautionnement donné par cette caution, lequel se substitue au formalisme jurisprudentiel antérieur. Ce formalisme est codifié aux art L. 341-2 et L. 341-3 C. consom.

La lecture des travaux préparatoires de cette loi montre clairement que l'objectif du législateur est la protection des personnes qui se portent caution. Les dispositions de la loi du 1^{er} août 2003 portant sur le cautionnement n'étaient en effet pas présentes dans la version d'origine du projet de loi pour l'initiative économique. Elles ont été insérées lors de l'examen en commission sous forme d'amendement au projet. Cette loi pour l'initiative économique était sous-tendue par « la nécessité d'une politique résolue en faveur de la création et de la reprise d'entreprise. ». L'amendement relatif au cautionnement avait notamment été proposé pendant l'examen du texte par la rapporteure de la commission Catherine VAUTRIN. Il ressort ainsi des travaux préparatoires que « dans le souci de renforcer la protection des

¹⁴⁶ L'art. L. 341-4 C. consom. pose la règle suivante : « Un créancier professionnel ne peut se prévaloir d'un contrat de cautionnement conclu par une personne physique dont l'engagement était, lors de sa conclusion, manifestement disproportionné à ses biens et revenus, à moins que le patrimoine de cette caution, au moment où elle est appelée, ne lui permette de faire face à son obligation. »

¹⁴⁷ Cette obligation figure à l'art. L. 341-6 du code de la consommation.

entrepreneurs individuels, la Commission a souhaité renforcer la protection des personnes qui se portent caution. En effet, il n'est pas rare que des proches de l'entrepreneur se retrouvent dans une situation critique à la suite d'une défaillance en raison d'engagements dont ils n'avaient pas toujours mesuré la portée. L'amendement qu'elle a adopté, après l'article 6, élargit le champ de compétence des commissions de surendettement aux dettes nées du cautionnement et prévoit la présence sur le contrat de cautionnement de mentions manuscrites attestant que la personne est parfaitement informée des conséquences susceptibles de résulter pour elle du défaut du débiteur principal.»¹⁴⁸. Le texte vise donc à attirer l'attention des cautions sur la portée réelle de leur engagement, afin de les conduire à renoncer éventuellement à ce contrat, si elles jugent qu'elles ne pourront faire face aux obligations en découlant. Le formalisme strict posé par ces textes est ainsi destiné à réduire certains cas de cautionnement donnés précipitamment, lesquels peuvent être sources d'un contentieux ultérieur. L'objectif du législateur pourrait donc, s'il est atteint, conduire à une limitation du nombre de cautionnements, et partant à une diminution du contentieux de l'impayé, de celui de la responsabilité ou encore celui de l'annulation pouvant en découler. On comprend ainsi pourquoi dans le but de protéger la caution personne physique, la loi du 1^{er} août 2003 a également institué un principe de contrôle de proportionnalité de l'engagement de la caution personne physique, qui pourrait contribuer à limiter les cas de cautionnements jugés excessifs. La crainte de la sanction¹⁴⁹ étant de nature à conduire les créanciers professionnels à éviter de recourir à ce type de cautionnement.

80. Le dispositif normatif d'encadrement du crédit à la consommation, dont les éléments essentiels ont été ci-dessus présentés, a probablement été un des facteurs ayant contribué à une maîtrise appréciable du crédit à la consommation en France, comme le montre l'étude d'impact du projet de réforme du crédit à la consommation¹⁵⁰. Cette étude révèle que le crédit à la consommation est relativement moins développé en France que dans d'autres pays européens. Fin 2007, l'encours de crédit à la consommation s'élevait à plus de 1 140 milliards de dollars dans l'Union européenne. Le Royaume-Uni est le premier marché de l'Union européenne, avec un encours de crédit à la consommation de plus de 327 milliards d'euros à fin 2007. A la même période, l'encours de crédit à la consommation s'élevait à 717

¹⁴⁸ Doc. AN, rapp. N° 572, commission spéciale sur le projet de loi pour l'initiative économique, T I. P. 19.

¹⁴⁹ L'art. L. 341-4 C. consom. prévoit notamment qu'un créancier professionnel ne peut se prévaloir d'un contrat de cautionnement manifestement disproportionné à sa conclusion.

¹⁵⁰ Cette étude d'impact est disponible à l'adresse suivante :

http://www.minefe.gouv.fr/presse/dossiers_de_presse/090422credit_conso/etude_impact.pdf

milliards d'euros dans la zone euro. Près d'un tiers de cet encours émane de l'Allemagne (223,7 milliards d'euros). Viennent ensuite la France (20% des encours de la zone euro avec 137,5 milliards d'euros) et l'Espagne (14%)¹⁵¹. Toujours d'après cette étude, en se basant sur les chiffres de la Banque de France, de 2002 à 2007, l'encours des crédits à la consommation a crû en moyenne de 5,4% par an en France, contre plus de 6,5% par an en moyenne dans l'Union européenne.

81. Cette étude note par ailleurs que c'est une moindre fraction de la consommation qui est financée à crédit en France, puisque le ratio de l'encours de crédit à la consommation sur la consommation des ménages s'élevait fin 2007 à 25,6% au Royaume-Uni et à 23,3% en Irlande, contre 13,1% en France¹⁵². On peut donc penser qu'il y a moins d'emprunteurs consommateurs en France, en comparaison à certains pays d'Europe. En outre, l'étude d'impact du projet de réforme du crédit à la consommation révèle que « les ménages français sont moins endettés que la moyenne de l'Union européenne. La France arrive, en termes globaux de crédit, en troisième position derrière le Royaume-Uni et l'Allemagne. Rapportés au nombre d'habitants, ces encours atteignaient 2 160 euros par habitant en France, c'est-à-dire un niveau inférieur à la moyenne de l'UE (2 320 euros par habitant). Le Royaume-Uni et l'Irlande dépassent les 5 000 euros par habitant. L'endettement des ménages français demeure ainsi mesuré. ».

82. Mais bien que visant à limiter les risques pris par les établissements de crédit, et pouvant diminuer le nombre de cocontractants, les dispositifs juridiques sus évoqués sont, par certains aspects, susceptibles de générer du contentieux.

§ 2- DES SOURCES POSSIBLES DE NOUVEAUX LITIGES

83. Les règles juridiques permettant de réduire le nombre de cocontractants des établissements de crédit contribuent certes à diminuer le contentieux, en particulier celui de l'impayé. Mais les clients peuvent également trouver dans ces normes de nouvelles sources

¹⁵¹ Les chiffres émanent du rapport sur le crédit renouvelable réalisé par le Cabinet Athling Management pour le compte du Comité consultatif du secteur financier.

¹⁵² Le rapport du Cabinet Athling Management pour le CCSF décembre 2008 est disponible à l'adresse suivante : <http://www.banque-france.fr/ccsf/fr/publications/autres/athling.htm>

d'actions en justice contre les banques. Autrement dit, certaines règles juridiques peuvent être à l'origine de la réduction du contentieux portant sur une matière ; dans le même temps elles peuvent générer de nouveaux litiges, dont l'ampleur n'est pas toujours mesurée par les organes produisant les normes.

84. Le devoir de mise en garde dégagé par la jurisprudence a ainsi fait naître un nouveau contentieux de la responsabilité contre les banques. Une consultation du site Legifrance au 23 septembre 2010 par usage de l'expression « devoir de mise en garde » laisse apparaître 245 décisions, dont 170 arrêts de la Cour de cassation. Il s'agit d'une certaine image (et non d'une image certaine) du volume de ce contentieux né à la suite de la consécration jurisprudentielle de ce devoir par la Cour de cassation. Les débiteurs poursuivis y trouvent parfois une voie de contestation des actions en paiement exercées par les banques. Le problème de la preuve de l'effectivité de ce devoir peut en effet se poser, lorsque les emprunteurs, les cautions ou les investisseurs contestent l'accomplissement par les banques du devoir de mise en garde, mais aussi parfois du devoir de conseil. Il n'est pas toujours aisé pour le banquier de prouver qu'il a correctement rempli son devoir de conseil et celui de mise en garde. Le recours aux contrats-types prévoyant que le débiteur a été conseillé et mis en garde ne permet pas nécessairement d'apporter une preuve irréfragable de l'exécution de l'obligation du banquier. Les discussions restent donc possibles devant les juridictions. La question peut en effet se poser en pratique de savoir si le client a véritablement compris la portée de cette obligation. On peut par exemple évoquer ici le cas des personnes n'étant pas en mesure de lire les contrats de crédit ou d'investissement.

85. En outre, la notion de client averti et celle de client non averti (bénéficiaire de ces devoirs) allant au-delà de la distinction professionnel/non professionnel, il est parfois difficile pour le banquier de savoir avec certitude avec quel type de client il conclut le contrat de prêt ou celui de prestation de services d'investissement. C'est en effet la jurisprudence qui apprécie ces notions au cas par cas, et les critères de distinction ne sont pas d'une netteté absolue. Cela ouvre par conséquent la voie à des litiges nouveaux devant les tribunaux. La réduction du contentieux de l'impayé liée en partie à l'obligation de mise en garde s'accompagne ainsi d'un nouveau contentieux de la responsabilité contre les banques.

86. De surcroît, la distinction entre opérations spéculatives et opérations non spéculatives en matière de services d'investissement n'est pas toujours évidente. Du fait du

caractère essentiellement fluctuant de la bourse, il peut être incertain dans certains cas de qualifier la nature des produits financiers en cause. L'obligation de mise en garde n'étant exigée qu'en matière d'opérations spéculatives, la discussion peut ainsi se transporter sur le terrain de la qualification des produits concernés. On relèvera également que l'arsenal juridique encadrant la prestation de services d'investissement offre aux investisseurs diverses possibilités de pouvoir plaider. En effet, les termes génériques utilisés par le code monétaire et financier et le règlement général de l'AMF sont susceptibles d'interprétations devant les juridictions. Bien que leur emploi par une législation ou une réglementation relatives à une matière à risques soit difficilement évitable, les expressions « intérêt du client », « loyauté », « bonne conduite » semblent en effet prêter le flanc à une activité prétorienne.

87. Par ailleurs, si la volonté du législateur de protéger la caution personne physique à travers les règles issues de la loi du 1^{er} août 2003 paraît louable, on peut craindre que de nouvelles questions se posent à la lecture de la loi, lesquelles peuvent faire naître un nouveau contentieux en matière de cautionnement. Comme le relève un auteur à propos de l'art. L. 341-2 C. consom.¹⁵³, « on peut se demander si la limitation dans le temps porte sur l'obligation de couverture ou sur l'obligation de règlement. On peut également hésiter sur le degré de précision requis pour satisfaire cette exigence : la durée est-elle nécessairement chiffrée ? Peut-elle être de 99 ans ? Un dirigeant ou un administrateur ne peut-il se contenter de s'engager « pour la durée de son mandat » ? La prudence invite à retenir une durée chiffrée¹⁵⁴. Mais alors, ne serait-il pas possible de prévoir une clause de renouvellement tacite, particulièrement utile si la caution s'engage pour une dette future ? Une telle faculté permettrait par exemple au dirigeant social de cautionner comme par le passé, une ouverture de crédit en compte courant. »¹⁵⁵.

¹⁵³ D'après cette disposition, « toute personne physique qui s'engage par acte sous seing privé en qualité de caution doit, à peine de nullité de son engagement, faire précéder sa signature de la mention manuscrite suivante, et uniquement de celle-ci : « En me portant caution de X..., dans la limite de la somme de... couvrant le paiement du principal, des intérêts et, le cas échéant, des pénalités ou intérêts de retard et pour la durée de..., je m'engage à rembourser au prêteur les sommes dues sur mes revenus et mes biens si X... n'y satisfait pas lui-même. »

¹⁵⁴ Pour une position contraire, L. Aynès, La réforme du cautionnement par la loi Dutreil : Dr. et patrimoine 2003, n° 120, p. 28. L. Aynès considère qu'il est possible d'indiquer « non limitée » pour signifier que la durée de la dette de la caution épouse celle du débiteur principal, citant Ph. Simler dans son ouvrage cautionnement et garanties autonomes, Litec, 3^e éd., 2000, n° 259. Pour lui, la loi n'exige pas semble-t-il que le cautionnement soit assorti d'un terme certain autonome ; mais seulement qu'un terme soit exprimé. Il admet que le cautionnement à durée indéterminée paraît exclu.

¹⁵⁵ I. Tricot-Chamard, JCP 2004. I. 112, p. 335.

88. De nouvelles interrogations peuvent également apparaître à propos du quantum de la garantie. I. TRICOT-CHAMARD précise en ce sens qu'« outre l'exigence d'un montant chiffré, l'art. L. 341-2 C. consom. cantonne la couverture par son objet : Principal, intérêts et pénalités ou intérêts de retard éventuels. Aux termes de ce texte, la mention manuscrite requise à peine de nullité est « uniquement » celle qu'il énonce. Deux interprétations sont alors envisageables ; l'adverbe signifie soit que le cautionnement ne peut être étendu à d'autres accessoires de la dette, soit que l'exigence de mention manuscrite est strictement limitée. Dans ce dernier cas, la finalité du texte serait d'empêcher l'ajout par le juge de formalités supplémentaires, telle l'indication manuscrite du taux d'intérêt conventionnel par exemple. Il s'agirait alors d'une marque de défiance à son égard, laquelle apparaît peu probable. Conforme aux buts exposés dans les travaux préparatoires, la première interprétation a donc notre faveur, d'autant qu'elle est tacitement confirmée par les articles L. 341-5 et L. 341-6 du code de la consommation. ».

89. Ces difficultés d'interprétation constituent des sources potentielles de litiges. Dans le même ordre d'idées, on peut aussi citer l'enchevêtrement de textes concernant les mêmes acteurs et figurant parfois dans des codes différents (code de la consommation, code civil, code monétaire et financier), la compatibilité entre l'art. L. 341-2 C. consom. qui semble interdire le cautionnement à durée indéterminée et l'art. L. 341-6 C. consom. qui évoque l'idée d'une durée indéterminée de l'engagement. Il est aussi possible de s'interroger sur la compatibilité entre l'art. L. 341-2 C. consom. et l'art. L. 110-3 C. com.¹⁵⁶.

Par ailleurs, la mention manuscrite de l'art. L. 341-2 C. consom. limite les accessoires de la dette aux intérêts, pénalités ou intérêts de retard, et la question peut se poser de savoir si l'on doit considérer que les accessoires de la dette se limitent à l'énonciation de l'art. L. 341-2 C. consom. « L'article L. 341-2 entame ainsi les dispositions du code civil et la jurisprudence, atteignant au passage le cœur du cautionnement : le principe de l'accessoire. »¹⁵⁷.

90. Il est en outre intéressant de relever le contentieux découlant de l'art. L. 341-4 C. consom. relatif à la proportionnalité de l'engagement de la caution (60 décisions répertoriées par Legifrance au 24 novembre 2009, le principe de proportionnalité laissant inéluctablement libre cours à une appréciation du juge), de même que l'abondant contentieux qui se développe dans le cadre des obligations d'information dues à la caution, en application des art. L. 341-6

¹⁵⁶ Ce texte pose le principe suivant : « à l'égard des commerçant, les actes de commerce peuvent se prouver par tous moyens à moins qu'il n'en soit autrement disposé par la loi. ».

¹⁵⁷ D. Houtcieff, préc. P. 1614.

C. consom. ou L. 313-22 CMF. Les deux dispositions régissent cette obligation d'information, mais leur contenu n'est pas totalement identique. On dénombre ainsi sur Legifrance 7 arrêts relatifs à l'application de l'art. L. 341-6 C. consom. (5 arrêts de Cours d'appel, 2 arrêts de la Cour de cassation). Sur cette même source, 329 décisions sont relatives à l'application de l'art. 313-22 CMF. Au nombre de celles-ci, 209 arrêts de la Cour de cassation, 119 arrêts de Cours d'appel, 1 jugement de TGI. La nouvelle législation ne tarit donc pas le contentieux du cautionnement. C'est en ce sens qu'un auteur a pu poser les questions suivantes : « Ces nouvelles dispositions tariront-elles le contentieux du cautionnement ? Le formalisme, l'information annuelle, le plafonnement de l'engagement, la lutte contre le cautionnement excessif n'empêchent pas le vice du consentement et ne libèrent pas le créancier des devoirs dont les tribunaux nourrissent l'obligation de contracter de bonne foi. Mais que peut faire de plus la loi sans risquer la mort du cautionnement ? »¹⁵⁸

91. On le voit, l'abondance des règles applicables aux mêmes opérations dans le but de protéger certains contractants, peut être génératrice de contentieux. En effet, plus il y a de normes, plus les parties trouvent des dispositions leur permettant de plaider. Cette situation pourrait également trouver une explication dans des raisons relevant de la sociologie ou de la philosophie du droit. Ces matières contribuent à expliquer pourquoi les parties se retrouvent en situation litigieuse, malgré l'aménagement législatif ou réglementaire du cadre de leurs rapports sociaux. En effet, comme le relève A. JEAMMAUD¹⁵⁹, « on peut d'abord se demander si le droit, que le sens commun croit « irénologique », n'est pas à divers égards « *polémogène* » (freund), c'est à dire générateur de conflits. On aperçoit ce qui, dans la teneur même d'un système juridique contemporain, accroît les occasions, motifs ou moyens de querelle sur le terrain juridique : la « subjectivisation » portée par l'évolution du droit (multiplication des droits subjectifs, promotion des droits fondamentaux), la montée des « principes » (sinon la « constitutionnalisation ») autorisant la contestation des règles juridiques moins éminentes, le développement des conventions internationales et d'un droit communautaire invocables dans l'ordre interne, l'institution de recours et de dispositifs censés faciliter leur exercice, la diffusion des obligations de motiver des décisions publiques ou privées et des exigences concernant leur justification (...) ». Mais les conflits seraient beaucoup plus exacerbés et plus nombreux en l'absence de règles de droit, sans aucune perspective de solution, puisqu'il n'y aurait pas de juge dans un tel contexte, où règnerait la

¹⁵⁸ L. Aynès, La réforme du cautionnement par la loi Dutreil : Droit et patrimoine 2003, n° 120, p. 33.

¹⁵⁹ A. Jeammaud, préc. p. 16.

loi du plus fort. D'où la nécessité de créer les règles juridiques pour réguler les rapports sociaux. Il faudrait certainement éviter une trop grande accumulation de règles juridiques, et promouvoir une simplification du droit ; l'inflation de normes étant un facteur de complexité et une source potentielle de conflits. Ceci est particulièrement vrai s'agissant des règles relatives aux crédits régis par le code de la consommation et au cautionnement.

92. Les dispositifs visant à éclairer le consentement des emprunteurs, cautions et investisseurs laissent quant à eux très peu de place à un éventuel contentieux des vices du consentement. Ces dispositifs promeuvent en effet une meilleure information des contractants.

Section 2 : DES CONTRACTANTS MIEUX INFORMES

93. Le caractère risqué des opérations bancaires rend nécessaire la mise en place de règles particulières de protection du consentement des emprunteurs, cautions et investisseurs. Le législateur et la jurisprudence se sont donc attelés à encadrer le processus d'échange des consentements, afin de limiter les cas d'engagements précipités dans le cadre de ces opérations de masse, par une meilleure information des cocontractants. Le pouvoir normatif semble ainsi s'être rallié à l'idée selon laquelle « plutôt que de débusquer *a posteriori* les vices du consentement, il serait préférable de développer en amont une véritable politique d'information des contractants. »¹⁶⁰. Après un exposé du dispositif juridique de protection du consentement des contractants (§ 1), nous montrerons que ce dispositif contribue efficacement à prévenir le contentieux des vices du consentement (§ 2).

¹⁶⁰ F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, Droit civil Les obligations 10^e éd. 2009, n° 256.

§ 1- EXPOSE DU CADRE JURIDIQUE FAVORISANT UN CONSENTEMENT ECLAIRE

94. L'inadaptation¹⁶¹ des règles du code civil posées en 1804 en matière de vices du consentement a conduit à instituer des techniques spécifiques destinées, avant la conclusion du contrat, à éclairer le consentement de l'emprunteur ou de la caution (A). Les dispositions relatives aux services d'investissement mettent quant à elles un accent particulier sur l'information précontractuelle de l'investisseur, en vue de lui permettre de s'engager en connaissance de cause (B).

A- LES DISPOSITIFS DE PROTECTION DU CONSENTEMENT DE L'EMPRUNTEUR OU DE LA CAUTION

95. Le formalisme informatif issu des règles évoquées plus haut (offre préalable, droit de rétractation...) contribue certes à prévenir l'endettement et partant le contentieux de l'impayé, en même temps que celui de la responsabilité en découlant. Mais à travers ces règles, le législateur s'efforce avant tout de protéger le consentement de l'emprunteur ou de la caution, afin que ces derniers ne s'engagent pas, ou alors s'engagent de façon éclairée. De plus, - que cela soit conscient ou non chez le législateur – ces règles sont aussi de nature à réduire considérablement les sources de contentieux des vices du consentement en matière de crédit. Comme l'a noté L. AYNES à propos des lois du 10 janvier 1978 et du 13 juillet 1979 relatives au crédit au consommateur, « prévenir les litiges, dissiper le manque de clarté, tel était l'objectif du législateur ; on conçoit alors qu'il ait au moyen du formulaire impératif entendu rendre indiscutable l'acte de crédit à la consommation, empruntant à la pratique la préformation du contrat et à la technique juridique le formalisme. »¹⁶². C'est encore plus net en ce qui concerne le cautionnement ; la caution bénéficiant d'un formalisme supplémentaire

¹⁶¹ Sur ce point, v. C. Ouerdane-Aubert de Vincelles, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, thèse Paris II. Ed. dalloz 2002, n° 159 et s.

¹⁶² L. Aynès, *Formalisme et prévention*, in *Le droit du crédit au consommateur*, ouvr. coll. ss la dir. De I. Fadlallah, n° 10.

codifié aux articles L. 341-2 et L. 341-3 C. consom., lequel vise à lui faire prendre conscience de la portée réelle de son engagement, et ainsi augmenter les chances d'un consentement dépouillé de tout vice. En effet, « face à une pratique contractuelle de masse marquée par l'essor d'une publicité tapageuse et omniprésente, l'apparition de méthodes de vente dites agressives, le développement d'un crédit qui dilue la perception du caractère onéreux des opérations, la réponse apportée par la théorie des vices du consentement apparaît peu adaptée. Diffuses, les séductions et les pressions qui procèdent de cet environnement ne sauraient le plus souvent s'analyser en un dol ou une violence. Le pourraient-elles qu'il faudrait encore agir en justice et démontrer l'existence du vice, démarche longue et onéreuse, si l'on considère l'enjeu souvent limité du contrat. Aussi bien a-t-on entrepris de doubler la théorie des vices du consentement, au rendez-vous social trop médiocre, de mesures préventives qui ont pour but de favoriser l'information et la réflexion des contractants. »¹⁶³. Nous montrerons donc la contribution de la technique de l'offre préalable (1), et celle du droit de rétractation (2) en matière d'encadrement du consentement des emprunteurs ou des cautions, dans une perspective de promotion d'un consentement éclairé, qui conduit très directement à réduire le contentieux des vices du consentement.

1) L'offre préalable de crédit

96. Le législateur consumériste met en place un mécanisme d'offre préalable¹⁶⁴ à laquelle est impérativement tenu le prêteur, tant en matière de crédit à la consommation qu'en matière de crédit immobilier. La technique de l'offre préalable constitue un moyen important de protection du consentement. En effet, elle permet à l'emprunteur potentiel et éventuellement à la caution de prendre le temps nécessaire d'étudier l'offre de crédit proposée, afin de donner un consentement éclairé. Le facteur temps est donc utilisé pour augmenter les chances d'un consentement éclairé. En ce sens, B. PETIT relève que « l'existence de délais constitue la condition d'un consentement éclairé : aussi complète soit-elle, l'information ne peut être efficace que dans la mesure où le consommateur dispose du temps nécessaire pour l'assimiler. (...) le temps apparaît par lui-même comme un facteur de protection. Il s'agit de tenir compte d'un état de fait qui, eu égard aux dangers d'un

¹⁶³ F. Terre, Ph. Simler, Y. Lequette, préc. n° 256.

¹⁶⁴ La réforme du crédit à la consommation issue de la loi du 1^{er} juillet 2010 utilise la terminologie « offre de contrat de crédit ».

engagement précipité, est tout le contraire de l'état d'urgence. Pour obtenir un consentement réfléchi, il convient, par exception, de prendre du temps en faisant subir au consentement l'épreuve du temps. En pariant que le temps détruira le consentement vicié, qu'il confirmera au contraire le consentement sain¹⁶⁵, le législateur met au service de l'emprunteur l'une des armes traditionnelles du faible, celle de Fabius Cunctator : temporiser. »¹⁶⁶.

97. Le formalisme informatif découlant de l'offre préalable constitue ainsi une technique protectrice de l'emprunteur ou de la caution. Elle leur offre en effet un temps de réflexion destiné à promouvoir un accord conclu en connaissance de cause, dont la validité ne saurait ultérieurement être discutée. C. OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES note à ce propos que le « formalisme imposé de l'offre de crédit n'a pour unique but que de protéger le consentement et d'éviter, *a priori*, que le consentement de l'emprunteur ne soit vicié. »¹⁶⁷ MM. TERRE, SIMLER et LEQUETTE évoquent quant à eux les mérites de ce type de formalisme en ces termes : « Attirant l'attention des parties sur l'importance et la portée de leur engagement, il invite à la réflexion et à la vigilance, et il permet à chacun de mûrir sa décision et de mieux préciser sa pensée. »¹⁶⁸ Le processus d'échange des consentements est ainsi retardé, dans l'intérêt de l'emprunteur ou de la caution. Cette technique du « formalisme informatif »¹⁶⁹, qui s'inscrit dans le cadre de « la formation successive du contrat de crédit »¹⁷⁰, permet de réduire considérablement les éventuelles contestations nées d'une acceptation précipitée du crédit. Le législateur se sert en effet du formalisme informatif comme moyen de protection de l'emprunteur et de prévention des litiges. L'absence d'une telle législation ouvrirait très probablement les vannes du contentieux des vices du consentement en matière de crédit. L. AYNES relève ainsi que « les mentions obligatoires en matière de crédit à la consommation, spécialement celles des protections ou du régime du contrat, parce qu'elles informent l'emprunteur, elles font disparaître la cause principale de son infériorité juridique. Elles confèrent donc au consommateur un complément de pouvoir qui lui manquait. »¹⁷¹. Le formalisme participe ainsi de la protection du consommateur, partie faible au contrat, en lui conférant les outils juridiques permettant de conclure valablement l'acte.

¹⁶⁵ Sur ce point, v. également C. Cabanis, L'utilisation du temps par les rédacteurs du code civil, Mélanges Hébraud, p. 171 et s.

¹⁶⁶ B. Petit, La formation successive du contrat de crédit, in Le droit du crédit au consommateur, ss. la dir. de I. Fadlallah, Litec 1982, n° 3 préc.

¹⁶⁷ C. Ouerdane-Aubert de Vincelles, Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles, Dalloz 2002, n° 125.

¹⁶⁸ F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, Droit civil Les obligations, 10^e éd. Dalloz 2009, n° 132.

¹⁶⁹ Sur la question, X. Lagarde, « observations critiques sur la renaissance du formalisme », JCP G 1999, I, n° 14.

¹⁷⁰ Sur ce point, v. B. Petit, préc., p. 95 et s.

¹⁷¹ L. Aynès, préc. n° 26.

98. L'article L. 311-8 C. consom.¹⁷² prévoit par exemple la règle suivante : les opérations de crédit régies par le code de la consommation « sont conclues dans les termes d'une offre préalable, remise en double exemplaire à l'emprunteur et, éventuellement, en un exemplaire aux cautions. La remise de l'offre oblige le prêteur à maintenir les conditions qu'elle indique pendant une durée minimale de quinze jours à compter de son émission. ». Conformément à l'art. R. 311-6 C. consom., « l'offre préalable de prêt prévue à l'article L. 311-8 comporte les indications figurant dans celui des modèles types annexés¹⁷³ au présent code (de la consommation) qui correspond à l'opération de crédit proposée. Cet acte doit être présenté de manière claire et lisible. Il est rédigé en caractères dont la hauteur ne peut être inférieure à celle du corps huit. ».

La réglementation détermine ainsi la forme que doit prendre l'offre préalable, dont la hauteur¹⁷⁴ des caractères typographiques est indiquée. Le but semble être de permettre à l'emprunteur potentiel une lecture aisée de l'offre de crédit. Cette offre doit comporter des mentions¹⁷⁵ précises définies par le législateur. L'inobservation du formalisme en découlant est sanctionnée par une déchéance du droit aux intérêts¹⁷⁶, le prêteur étant également passible d'une amende de 1500 euros¹⁷⁷. L'importance de la sanction civile est suffisamment incitative

¹⁷² La transposition de la directive du 23 avril 2008 pourrait conduire à une réforme de ce texte. Le projet de loi prévoit un nouvel article L. 311-8 ainsi rédigé : « Le prêteur ou l'intermédiaire de crédit fournit à l'emprunteur les explications lui permettant de déterminer si le contrat de crédit proposé est adapté à ses besoins et à sa situation financière, notamment à partir des informations contenues dans la fiche mentionnée à l'article L. 311-6. Il attire l'attention de l'emprunteur sur les caractéristiques essentielles du ou des crédits proposés et sur les conséquences que ces crédits peuvent avoir sur sa situation financière y compris en cas de défaut de paiement. Ces informations sont données le cas échéant sur la base des préférences exprimées par l'emprunteur.

Lorsque le crédit est proposé sur un lieu de vente, le prêteur veille à ce que l'emprunteur reçoive ces explications de manière complète et appropriée sur le lieu même de la vente, dans des conditions garantissant la confidentialité des échanges.

Le prêteur veille à ce que les personnes qu'il charge de fournir à l'emprunteur les explications sur le crédit proposé et de recueillir les informations nécessaires à l'établissement de la fiche prévue à l'article L. 311-10 soient dûment formées à la distribution du crédit à la consommation et à la prévention du surendettement. Ces personnes sont inscrites sur un registre tenu par le prêteur à la disposition de l'autorité de contrôle sur le lieu de vente. » En outre, l'art. L. 311-11 du projet de loi prévoit que « l'offre de contrat de crédit est établie par écrit ou sur un support durable. Elle est remise ou adressée en autant d'exemplaires que de parties, et le cas échéant, à chacune des cautions. La remise ou l'envoi de l'offre de contrat de crédit à l'emprunteur oblige le prêteur à en maintenir les conditions pendant une durée minimale de quinze jours à compter de cette remise ou de cet envoi. »

¹⁷³ V. les annexes au JO 3 avr. 1997.

¹⁷⁴ Les rédacteurs du code civil avaient déjà en 1804 ce souci d'extrême précision normative. Cf. art. 657 C. civ. D'après cette disposition, « tout copropriétaire peut faire bâtir contre un mur mitoyen, et y faire placer des poutres ou solives dans toute l'épaisseur du mur, à cinquante-quatre millimètres (deux pouces) près (...) ».

¹⁷⁵ Les articles L. 311-10 et s. C. consom. déterminent le contenu de l'offre préalable. Ainsi, l'art. L. 311-11 C. consom. dispose : « Pour les opérations à durée déterminée, l'offre préalable précise en outre pour chaque échéance, le coût de l'assurance et les perceptions forfaitaires éventuellement demandées ainsi que l'échelonnement des remboursements ou, en cas d'impossibilité, le moyen de les déterminer. » L'emprunteur peut donc savoir avec précision le contenu des obligations lui incombant.

¹⁷⁶ Art. L. 311-33 C. consom.

¹⁷⁷ Art. L. 311-34 C. consom.

à une application effective de la règle, la perspective de consentir un crédit déclaré gratuit et remboursable suivant l'échéancier prévu au contrat pouvant fortement dissuader les banques de transgresser le formalisme législatif.

99. Il est également possible de demander la nullité du contrat, du fait de la violation de règles d'ordre public. C'est surtout la caution qui aura intérêt à recourir à une action en nullité du contrat de cautionnement, en cas de non respect du formalisme de l'offre préalable. La Cour de cassation¹⁷⁸ précise que cette nullité ne peut être couverte par la renonciation, même expresse, des parties. Cela montre le caractère impératif de cette règle, à laquelle sont tenus les prêteurs. La gravité de la sanction (perte de la sûreté) devrait être suffisamment incitative à l'observation de la norme par les prêteurs. La caution pourra donc trouver dans l'inobservation du formalisme de l'offre préalable un moyen d'être déchargée de son engagement. L'emprunteur quant à lui n'a en principe pas intérêt à demander la nullité du contrat de prêt, dans la mesure où il serait contraint de rembourser immédiatement la totalité du capital perçu. B. PETIT note ainsi que « la déchéance du droit aux intérêts remplit la même fonction que la nullité avec un avantage supplémentaire pour l'emprunteur ; c'est qu'il ne remboursera qu'en respectant l'échéancier prévu et non immédiatement et en une seule fois. La déchéance apparaît ainsi comme un aménagement particulier de la nullité, du reste tout entier favorable au consommateur qui continue à bénéficier de la convention sans aucune contrepartie ; c'est une véritable nullité unilatérale. »¹⁷⁹. Cette « nullité unilatérale » n'est nullement extrajudiciaire, la déchéance (comme la nullité proprement dite) devant être prononcée par le juge¹⁸⁰. Dans l'esprit de l'auteur, l'unilatéralisme semble signifier que la déchéance profite uniquement à la personne protégée. L'acte reste valable, mais est partiellement anéanti, notamment en ce qui concerne les intérêts. La déchéance n'affecte pas le terme de l'obligation. L'emprunteur ne devra donc rembourser que le capital du prêt, suivant l'échéancier prévu au contrat. D. MAZEAUD considère que « fortement dissuasive, cette sanction s'inscrit parfaitement dans le dessein de protection préventive de l'endetté que

¹⁷⁸ Civ. 1^{re}, 19 janv. 1994 : CCC. 1994, n° 85, note Raymond.

¹⁷⁹ B. Petit, préc., n° 11.

¹⁸⁰ En sens contraire, les projets actuels d'harmonisation du droit international des contrats proposent une annulation unilatérale des conventions. Ainsi, conformément à l'art. 4 : 112 des principes du droit européen des contrats, « l'annulation a lieu par voie de notification au cocontractant. ». L'art. 3.14 des principes Unidroit prévoit également que « l'annulation du contrat se fait par voie de notification à l'autre. » Toutefois, compte tenu de la gravité de cette sanction, il est préférable que ce soit le juge qui la prononce, à moins que les parties ne s'accordent pour la constater. En ce sens, la solution posée par le projet Catala de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription nous semble plus convenable. D'après l'art. 1130-1 de ce projet, « la nullité est prononcée par le juge, à moins que les parties à l'acte ne la constatent d'un commun accord. » Sur cette question, v. O. Gout, *Le juge et l'annulation du contrat*, thèse Université Jean Monet 1998, (dir.) P. Ancel.

poursuit le législateur. »¹⁸¹. On peut donc penser qu'en pratique, c'est surtout la déchéance du droit aux intérêts qui sera sollicitée par l'emprunteur en cas d'inobservation du formalisme.

100. L'emprunteur potentiel et la caution disposent en principe d'au moins 15 jours de réflexion, avant de donner éventuellement leur acceptation à l'offre de crédit à la consommation proposée. Dans l'hypothèse où le prêteur a respecté la législation relative à l'offre de crédit, l'emprunteur ou la caution pourront difficilement remettre en cause ultérieurement le consentement qu'ils ont donné, en invoquant un vice du consentement. Ce formalisme est en effet spécialement destiné à éclairer le consentement et par conséquent, le respect du formalisme laisse fortement présumer que l'emprunteur ou la caution se sont engagés en connaissance de cause. Il va sans dire que dans ce contexte, les chances de succès d'une action basée sur les vices du consentement sont quasiment nulles, et devraient en principe conduire les demandeurs à renoncer à l'action.

101. En pratique, il semble toutefois que le délai de réflexion légalement prévu ne soit pas toujours respecté par tous les établissements prêteurs. Certains auteurs relèvent que « les fournisseurs de crédit disposent d'un moyen bien simple pour avancer la date de la conclusion du contrat : il leur suffit d'obtenir la signature du consommateur dès la remise de l'offre. Cette pratique n'est pas interdite par la loi : elle est devenue courante. Le consommateur ne dispose plus, en pareil cas, que de sept jours de réflexion. »¹⁸². Lorsqu'on y ajoute le risque de fraude consistant à antidater de 7 jours l'acceptation du consommateur, on aboutit à faire disparaître tout délai de réflexion.

Nous convenons par ailleurs avec G. COUTURIER que « le formalisme informatif appliqué au contrat est inopérant s'il ne commence pas par un devoir de lecture. »¹⁸³. Il y va de l'intérêt de l'emprunteur, qui est bénéficiaire de ce formalisme. Il lui appartient donc de mettre en œuvre ce « devoir de lecture », en étudiant le contenu de l'offre de crédit pendant le temps de réflexion qui lui est accordé, et en refusant par conséquent de signer le contrat dès la remise de l'offre, afin de bénéficier pleinement de la période de réflexion que lui offre le législateur. Malgré tout, les risques en cette matière n'occultent pas l'intention législative, qui est de protéger le consommateur et la caution, lesquels doivent également concourir à cette protection s'ils souhaitent véritablement en tirer profit. La signature du contrat de crédit laisse présumer qu'ils ont bénéficié du formalisme mis en place, et qu'ils ont par conséquent lu et

¹⁸¹ D. Mazeaud, L'endettement des acquéreurs, Revue de droit immobilier 1995, n° 16.

¹⁸² J. Calais-Auloy, F. Steinmetz, Droit de la consommation 5^e éd. Dalloz n° 356.

¹⁸³ G. Couturier, préc. p. 886.

accepté le contenu de l'offre de crédit dans les délais légaux. Il leur sera donc par la suite difficile de contester les éléments contenus dans le contrat qu'ils ont conclu.

102. Un mécanisme similaire d'offre préalable est prévu par le législateur en matière de crédit immobilier issu de la loi SCRIVENER 2 du 13 juillet 1979. D'après l'article L. 312-10 C. consom., « l'envoi de l'offre oblige le prêteur à maintenir les conditions qu'elle indique pendant une durée minimale de trente jours à compter de sa réception par l'emprunteur. L'offre est soumise à l'acceptation de l'emprunteur et des cautions, personnes physiques déclarées. L'emprunteur et les cautions ne peuvent accepter l'offre que dix jours après qu'ils l'ont reçue. L'acceptation doit être donnée par lettre, le cachet de la poste faisant foi. ». Cette offre comporte un certain nombre de mentions détaillées à l'art. L. 312-8 C. consom., lesquelles permettent à l'emprunteur de connaître exactement l'étendue des obligations découlant du contrat de prêt. Comme l'a relevé la Cour de cassation, « la loi vise à garantir à l'emprunteur une information précise, lui permettant, d'un seul coup d'œil, de juger de l'effort financier à consentir. »¹⁸⁴. Le crédit immobilier peut en effet constituer une source importante d'endettement pour les clients des banques, compte tenu du coût de l'immobilier dans les budgets des particuliers et des ménages. De nos jours, la recherche d'une habitation pérenne nécessite très souvent de recourir à l'emprunt bancaire. On comprend ainsi que le législateur se soit également attelé à encadrer cette opération, à travers un formalisme contractuel destiné à protéger le consentement de l'emprunteur, afin de limiter les risques d'une acceptation précipitée pouvant ultérieurement être contestée sur le fondement des vices du consentement. D. MAZEAUD parle à ce propos d'une « stratégie de dissuasion hostile aux « coups de foudre »¹⁸⁵ contractuels qui aboutit « à densifier le consentement du consommateur ou de sa caution »¹⁸⁶ en faisant subir à celui-ci « l'épreuve du temps »¹⁸⁷ (...) »¹⁸⁸. L'auteur note également que « ce formalisme informatif poursuit, en réalité un double objet. Non seulement, l'obligation de renseignement que ces mentions incarnent « tire(nt) le profane de son infériorité technique, en lui communiquant la connaissance »¹⁸⁹ ; elle permet à l'emprunteur potentiel de comprendre et d'apprécier la portée et les risques du crédit auquel il aspire et évite qu'il succombe trop naïvement à la tentation de l'endettement. Mais ces

¹⁸⁴ Civ. 1^{re}, 29 mai 1997, D. aff. 1997. 853.

¹⁸⁵ J.-M. Mousseron, « La durée dans la formation des contrats », in Mélanges Jauffret, p. 509 et s. cité par D. Mazeaud.

¹⁸⁶ L. Aynès, « Formalisme et prévention », in Le droit du crédit au consommateur, ouvr. Coll. ss. la dir. de Ibrahim Fadlallah, 1982, n° 15.

¹⁸⁷ B. Oppetit, « L'endettement et le droit », Dalloz, 1991, n° 3, cité par D. Mazeaud.

¹⁸⁸ D. Mazeaud, L'endettement des acquéreurs, Revue de droit immobilier 1995, p. 641 et s.

¹⁸⁹ L. Aynès, « Formalisme et prévention », in Le droit du crédit au consommateur, op. cit., p. 63 et s., n° 19.

mentions informatives poursuivent aussi une autre fonction : « elles contribuent à déterminer le contenu de l'accord des volontés. »¹⁹⁰. En effet, par leur biais, le législateur neutralise, asservit la volonté des cocontractants en fixant impérativement l'objet et le régime du contrat de crédit immobilier, source de l'endettement de l'acquéreur. »¹⁹¹.

Afin de s'assurer du respect de la règle, le législateur prévoit une amende de 30 000 euros¹⁹² en cas d'inobservation du formalisme régissant le crédit immobilier, notamment l'absence de formulation d'une offre écrite (art. L. 312-7 C. consom.) comportant des mentions précises (art. L. 312-8 C. consom.). La sanction est la même en cas d'offre ou d'acceptation ne comportant pas de date, ou comportant une fausse date « de nature à faire croire qu'elle a été donnée après expiration du délai de dix jours prescrit à l'article L. 312-10 (...) »¹⁹³. Dans ces hypothèses, le juge peut en outre prononcer une déchéance totale ou partielle du droit aux intérêts¹⁹⁴, ce qui renforce le caractère comminatoire de la norme.

Par ailleurs, la jurisprudence¹⁹⁵ décide que si l'inobservation des règles de forme relatives aux modalités d'acceptation de l'offre de prêt immobilier est sanctionnée par la déchéance du droit aux intérêts, la méconnaissance du délai de dix jours l'est par une nullité relative qui se prescrit par cinq ans à compter de l'acceptation de l'offre.

On le voit, l'arsenal de sanctions civiles et pénales relatives au formalisme de l'offre de crédit immobilier est suffisamment incitatif à l'observation de la règle protectrice du consentement de l'emprunteur ou de la caution.

103. En instituant un droit de rétractation, le législateur offre un temps supplémentaire aux emprunteurs pour confirmer ou infirmer leur consentement au crédit à la consommation.

2) Le droit de rétractation

¹⁹⁰ Ibid., n° 20.

¹⁹¹ D. Mazeaud, préc., n° 12.

¹⁹² Art. L. 312-33 C. consom.

¹⁹³ Art. L. 312-33 C. consom.

¹⁹⁴ Civ. 1^{re}, 18 mars 1997 : Bull. civ. I, n° 97 ; D. 1997. IR. 97. Civ. 1^{re}, 19 mai 1999 : CCC 1999, n° 167, obs. Raymond (2^e esp.). 2 juill. 2002 : Bull. civ. I, n° 181 ; JCP 2002. IV. 2474 ; RD imm. 2003. 166, obs. H. H.-D. 9 juill. 2002 : CCC 2004, n° 49, note Raymond (1^{re} esp.). Civ. 1^{re}, 2 nov. 2005 : RDC 2006. 367, obs. Fenouillet.

¹⁹⁵ Civ. 1^{re}, 12 juill. 2005 : CCC 2005, n° 12, note Raymond. Civ. 1^{re}, 9 juill. 2003 : Bull. civ. I, n° 170 ; D. 2003. AJ. 2008 ; Dr. et patr., nov. 2003, p. 85, obs. Chauvel ; CCC 2004, n° 49, note Raymond (2^e esp.) ; RTD com. 2003. 794, obs. D. L.

104. La mise en place d'une faculté de rétractation¹⁹⁶ au bénéfice de l'emprunteur-consommateur, par la loi du 10 janvier 1978 constitue un moyen important de protection du consentement. Ainsi, l'art. L. 311-15 C. consom. donne la possibilité à l'emprunteur qui a accepté l'offre de prêt d'exercer une faculté de rétractation pendant un délai de sept jours à compter de cette acceptation. Ce délai qui devrait être porté à 14 jours comprend « nécessairement une fin de semaine qui laissera aux intéressés - du moins l'espère-t-on - le temps de débattre de la question en famille ou de consulter les proches ou amis. »¹⁹⁷. Le législateur prévoit qu'un formulaire détachable est joint à l'offre préalable pour permettre l'exercice de cette faculté de rétractation. L'art. R. 311-7 C. consom. précise que ce formulaire détachable est établi suivant un modèle type¹⁹⁸. Le consommateur dispose donc du pouvoir de remettre en cause le contrat de prêt, pendant un délai de sept jours à compter de son acceptation. Cette règle qui s'apparente également à une remise en cause¹⁹⁹ de l'art. 1134 C. civ. se justifie par le souci d'assurer une meilleure protection du consentement de l'emprunteur. Ce dernier peut donc librement revenir sur son acceptation au cours de ce délai sans être poursuivi dans le cadre de l'exécution du contrat. Le droit de la consommation constitue en effet un droit spécial dérogatoire au droit commun. L'emprunteur dispose ainsi d'un temps de réflexion supplémentaire après la conclusion du contrat, ce qui promeut davantage un consentement éclairé. La jurisprudence²⁰⁰ décide même que l'emprunteur peut exercer son droit de rétractation par d'autres moyens que le formulaire détachable, lequel a pour but tant d'attirer son attention sur ce droit que de lui en faciliter l'exercice. Le souci de favoriser un consentement véritablement éclairé de l'emprunteur se trouve ainsi renforcé. C'est dans cette logique que s'inscrit l'actuelle réforme qui prévoit de porter ce délai de 7 à 14 jours²⁰¹, allant ainsi dans un sens plus favorable au consommateur, en conformité avec la directive du 23 avril 2008. Encore faut-il, comme l'a noté C. GAVALDA « éviter de laisser -

¹⁹⁶ Sur cette question, v. L. Bernardeau, Le droit de rétractation du consommateur, JCP G, 5 avr. 2000, I 218 ; C. Christianos : Délai de réflexion : théorie juridique et efficacité de la protection des consommateurs, D. 1993, Chron. 28.

¹⁹⁷ F. Terré, ph. Simler, Y. Lequette, préc. n° 236. Par ailleurs, l'art. L. 311-19 C. consom. prévoit que les délais en matière d'offre préalable et de droit de rétractation notamment, qui expirent un samedi, un dimanche ou un jour férié ou chômé, sont prorogés jusqu'au premier jour ouvrable suivant. Cette disposition rallonge le temps de réflexion du destinataire du crédit, contribuant ainsi à augmenter les chances d'un consentement éclairé.

¹⁹⁸ Ce modèle type est joint en annexe au JO du 3 avril 1997.

¹⁹⁹ Certains auteurs considèrent que le contrat est conclu non pas dès l'acceptation de l'offre par l'emprunteur comme le prévoit l'art. L. 311-15 C. consom., mais à l'expiration du délai de réflexion (de rétractation). « C'est à ce moment que la volonté de l'emprunteur rencontre celle du prêteur. » En ce sens, J. Calais-Auloy, F. Steinmetz, Droit de la consommation, Dalloz 5^e éd., n° 356.

²⁰⁰ Civ. 1^{re}, 12 févr. 1991 : Bull. civ. I, n° 62 ; D. 1992. Somm. 269, obs. Penneau ; RTD civ. 1991. 525, obs. Mestre.

²⁰¹ Article L. 311-12 du projet de réforme du crédit à la consommation.

par accord frauduleux - antidater l'offre préalable pour éviter une suppression du délai. »²⁰².

105. La loi précise également que « l'exercice par l'emprunteur de sa faculté de rétractation ne peut donner lieu à enregistrement sur un fichier. ». L'emprunteur ne court donc aucun risque en exerçant sa faculté de rétractation, laquelle est discrétionnaire. En plus de l'offre préalable, la technique du droit de rétractation apporte une protection supplémentaire au consentement des contractants. La combinaison de ces deux mécanismes donne à l'emprunteur la possibilité de mûrir davantage la réflexion, avant une consolidation définitive du contrat de crédit, à l'expiration du délai de rétractation. Cela est de nature à contribuer à limiter les hypothèses de contestation de la validité de l'accord sur le terrain des vices du consentement. Un auteur relève ainsi que « si le législateur a recouru à ce type de procédé, c'est pour permettre à la victime de se désengager d'un contrat dont le consentement aurait été vicié, mais sans avoir à lui infliger la nécessité de prouver l'existence d'un des vices de l'article 1109 du code civil, puisque cette preuve peut être difficile et que le processus judiciaire d'annulation du contrat nécessite du temps et de l'argent. La faculté de rétractation est donc venue en remède à ces difficultés, non pour pallier les insuffisances des effets de la nullité (...), mais davantage les difficultés liées à ses conditions. »²⁰³. En ce sens, la technique du droit de rétractation joue un rôle important dans la protection des emprunteurs et partant, dans la prévention du contentieux des vices du consentement, notamment en dispensant les consommateurs de recourir au juge s'ils souhaitent se dégager des liens d'un contrat préalablement conclu.

Par ailleurs, on rappellera qu'outre le délai de rétractation, l'emprunteur consommateur a bénéficié d'une offre préalable qui l'informe sur les termes du crédit qu'il contracte, ainsi que de la mise en garde de la part de son établissement de crédit, s'il relève de la catégorie de personnes non averties. Toutes ces techniques convergent vers un but précis : apporter aux cocontractants faibles une forte protection juridique.

106. Le dispositif ci-dessus présenté, qui n'est pas parfait comme nous l'avons noté plus haut, assure tout de même un degré de protection élevé à l'emprunteur. En effet, une étude comparative du droit bancaire dans plusieurs pays européens menée par MM. AYNES et CUIF montre que « le droit français de la consommation paraît offrir le dispositif de protection du consentement de l'emprunteur le plus élaboré. »²⁰⁴.

²⁰² C. Gavalda, D. 1978. Chron. 197.

²⁰³ C. Ouerdane-Aubert de Vincelles, préc. n° 245.

²⁰⁴ Le contrat de financement ; Etude comparative et prospective du crédit bancaire, avril 2006, éd. Litec.

L'étude de la législation relative aux services d'investissement montre également un souci de protection élevée du consentement de l'investisseur.

B - LA PROTECTION DU CONSENTEMENT A TRAVERS UNE BONNE INFORMATION FINANCIERE

107. A la différence de l'emprunteur qui sollicite un crédit, l'investisseur dispose déjà en principe d'un capital qu'il souhaite faire fructifier sur les marchés financiers. Même s'il n'est pas exclu que l'on s'endette pour ensuite investir les sommes empruntées, on peut logiquement penser que dans bien des cas, c'est leur épargne que les investisseurs souhaitent convertir en produits financiers. La protection de leur consentement est donc essentiellement fondée non pas sur les techniques législatives de l'offre préalable et du droit de rétractation davantage adaptées au crédit, mais sur la qualité de l'information qui doit leur être fournie par le prestataire de services d'investissement (ci-après PSI). A cet effet, l'Autorité des marchés financiers (AMF) encadre clairement l'information donnée aux clients, dans le but de permettre à ces derniers de se décider en connaissance de cause en matière de services d'investissement. En vue de promouvoir un consentement éclairé, la réglementation se veut précise, en définissant les caractères de l'information financière (1), ainsi que le contenu et le moment de sa délivrance (2).

1) Les caractères de l'information financière

108. Le règlement général (ci-après RG) de l'AMF pose le principe d'une information claire et non trompeuse, en vue de permettre à l'investisseur d'avoir un consentement éclairé. La réglementation de l'information se veut précise, et de nature à permettre à l'investisseur

d'être suffisamment renseigné sur les produits financiers qui lui sont proposés. Les articles 314-10 et suivants du règlement général de l'AMF décrivent de manière suffisamment détaillée les caractères de cette information. Elle doit remplir les critères prévus par le RG de l'AMF, même si elle est à caractère promotionnel. Cette information doit en outre être conforme aux conditions posées par l'art. L. 533-12 CMF. Cette disposition prévoit notamment que l'information doit avoir « un contenu exact, clair et non trompeur. » Le texte précise par ailleurs que « les communications à caractère promotionnel sont clairement identifiables en tant que telles. ». Le II de l'art. L. 533-12 CMF prévoit également que l'information doit permettre raisonnablement au client de pouvoir « comprendre la nature du service d'investissement et du type spécifique d'instrument proposé ainsi que les risques y afférents, afin que les clients soient en mesure de prendre des décisions d'investissement en connaissance de cause. ». Tout est donc mis en œuvre, afin que le client soit suffisamment renseigné sur le contenu exact des produits financiers sur lesquels il souhaite investir. Une bonne information étant un atout important dans la prévention des risques pris par les investisseurs. En outre, l'information délivrée limite les risques de contestation ultérieure. Le PSI s'étant ménagé la preuve d'une information correcte délivrée à l'investisseur pourra difficilement être poursuivi sur ce fondement par ce dernier.

109. Comme l'exige l'art. 314-11 du RG de l'AMF, l'information doit préciser le nom du prestataire de service d'investissement. Elle doit par ailleurs contenir aussi bien les avantages que les risques éventuels que présentent les produits proposés aux clients.

L'information doit en outre être « suffisante et présentée d'une manière qui soit compréhensible par un investisseur moyen de la catégorie auquel elle s'adresse ou auquel il est probable qu'elle parvienne. Elle ne travestit, ni ne minimise, ni n'occulte certains éléments, déclarations ou avertissements importants. ». La transparence totale est ainsi requise, afin que les clients soient au mieux renseignés sur la nature et les risques des produits financiers qui leur sont présentés. Les clients étant suffisamment informés, les hypothèses de litiges futurs découlant d'une méconnaissance des marchés financiers sont ainsi limitées.

110. Le cadre normatif régissant la prestation de services d'investissements précise également les conditions que doit remplir l'information lorsqu'elle contient une indication des performances passées d'un instrument financier, d'un indice financier ou d'un service d'investissement. Cette information doit en effet remplir un certain nombre de conditions posées par l'article 314-13 du règlement. Ces dispositions renforcent le caractère transparent

de l'information, afin que le client puisse être en mesure de se faire un avis éclairé. Cette préoccupation est également de mise lorsque l'information porte sur une comparaison de produits financiers proposés au client. Ainsi, d'après l'article 314-12 du RG de l'AMF, trois conditions doivent être remplies en pareil cas :

- La comparaison doit être pertinente et présentée de manière correcte et équilibrée.
- Il est nécessaire de préciser les sources d'information utilisées pour cette comparaison.
- Enfin, l'information doit mentionner les principaux faits et hypothèses utilisés pour la comparaison.

111. La transparence de l'information s'étend également aux hypothèses de simulation des performances passées. La simulation doit remplir des conditions précises fixées par le texte. Au nombre de ces conditions, le 3° de l'art. 314-14 du RG de l'AMF précise que « l'information fait figurer en bonne place un avertissement précisant que les chiffres se réfèrent à des simulations de performances passées et que les performances passées ne préjugent pas des performances futures. ». Toutes les précautions sont ainsi prises pour permettre d'éviter que le client soit induit en erreur par des simulations portant sur des performances passées de certains produits financiers. La volatilité financière des marchés ne permettant pas d'être certain que les performances passées se produiront de nouveau dans le futur, le règlement général fait obligation aux prestataires de services d'investissement de le faire savoir aux clients. Cette précision est de nature à permettre au client d'avoir une vision plus exacte de la réalité du marché des instruments financiers.

112. Il en est de même lorsque l'information contient des données sur les performances futures. Le règlement général définit les conditions devant être remplies. A titre d'exemple, le 2° de l'art. 314-15 précise que cette information doit reposer « sur des hypothèses raisonnables fondées sur des éléments objectifs. ». Le règlement écarte donc toute hypothèse d'information subjective, le but étant d'éclairer le client par des données claires et précises lui permettant d'avoir une bonne appréciation des risques du marché.

113. Les règles en matière d'information financière sont ainsi suffisamment détaillées. Elles visent à permettre aux clients d'être suffisamment bien renseignés lorsqu'ils

interviennent sur les marchés financiers. Par conséquent, ils pourront être en mesure d'avoir un jugement fondé sur une perception exacte des risques que présentent les investissements qu'ils entreprennent. Un client bien renseigné est un client qui conclura ses opérations en connaissance de cause, ce qui permettra de limiter les sources potentielles de poursuites du client contre son PSI. On voit en effet mal ce client se plaindre ultérieurement d'une situation liée à un déficit d'information. Les chances de succès en cas d'action en justice contre le PSI seraient en effet faibles, au cas où ce dernier a correctement rempli ses obligations légales, et peut en apporter la preuve.

114. L'ignorance peut être une source importante de litiges, particulièrement dans une matière aussi complexe que la prestation de services d'investissement. Conscient de cette situation, le législateur et l'AMF mettent en place des règles de protection devant permettre aux clients d'être suffisamment éclairés avant d'investir sur les marchés financiers. Cela limite les risques de litiges ultérieurs liés aux vices du consentement.

2 Le contenu et le moment de l'information

115. La protection des clients dans le cadre de la prestation de services d'investissement s'étend également au contenu et au moment de la communication de l'information. Plusieurs exemples illustrent cette exigence. Ainsi, il est prévu que les informations sont communiquées au client sous une forme compréhensible, s'agissant notamment des «instruments financiers et des stratégies d'investissement proposées, ce qui devrait inclure des orientations et des mises en garde appropriées sur les risques inhérents à l'investissement dans ces instruments ou à certaines stratégies d'investissement ;... »²⁰⁵. Il est également prévu en règle générale que les informations sont fournies en temps utile, et avant la prestation de service concernée. Le règlement permet ainsi d'éviter l'effet de surprise de l'information délivrée au client. Ce dernier est ainsi en mesure de disposer d'une information permettant de lui garantir une certaine prévisibilité dans le cadre des contrats qu'il passera sur les marchés financiers.

²⁰⁵ Art 314-18 (2°) RG AMF.

116. L'information doit figurer sur un support durable papier ou électronique. Il s'agit là d'un autre gage de protection pour le client. En effet, ce dernier a le loisir de prendre connaissance de cette information pendant un temps suffisamment long et de se faire une idée plus précise des avantages et inconvénients des différents produits financiers qui lui sont proposés. Cette règle permet également aux parties d'avoir une preuve matérielle de l'information fournie à l'investisseur, limitant ainsi les hypothèses de discussion quant à l'effectivité de l'exécution de cette obligation de la part du PSI.

L'investisseur dispose ainsi d'un cadre normatif lui assurant une bonne protection, et contribuant à limiter les sources de litiges. L'accomplissement dans le respect des règles des obligations d'information incombant aux PSI leur permet de réduire les risques de litiges ultérieurs avec la clientèle des investisseurs.

117. Les dispositifs de protection des emprunteurs, cautions et investisseurs constituent des mesures préventives permettant de s'assurer de la qualité du consentement des contractants. En ce sens, ils contribuent largement à désamorcer le contentieux des vices du consentement.

§ 2- UNE PREVENTION EFFICACE DU CONTENTIEUX DES VICES DU CONSENTEMENT

118. A la différence des rédacteurs du code civil qui ont privilégié des mesures curatives de protection du consentement, le législateur et la jurisprudence contemporains misent sur la prévention. Le but étant de permettre au contractant d'être suffisamment informé et d'avoir un temps raisonnable de réflexion avant de donner son accord. Mais la question se

pose de savoir si les différents mécanismes encadrant le consentement de l'emprunteur, de l'investisseur et de la caution ferment complètement toute discussion ultérieure sur les vices du consentement. Autrement dit, l'emprunteur ayant bénéficié de l'offre préalable et du délai de rétractation peut-il par la suite soutenir qu'il a été victime de vices du consentement ? La caution ayant bénéficié de l'offre préalable, ainsi que du formalisme spécial prévu par les articles L 341-2 ou L. 341-3 C. consom. a-t-elle encore la possibilité de plaider avec succès un vice de consentement afin de remettre en cause la validité de l'accord qu'elle a donné ? L'investisseur ayant été renseigné conformément aux dispositions législatives et réglementaires peut-il ultérieurement invoquer un vice du consentement s'il souhaite remettre en cause les actes qu'il a passés avec son PSI (par exemple un contrat de mandat)? Ces questions sont d'autant plus pertinentes lorsqu'on ajoute aux obligations légales pesant sur les banques les obligations jurisprudentielles de conseil et de mise en garde qu'elles ont envers les personnes non averties ; lesquelles obligations pallient les lacunes du formalisme informatif et contribuent ainsi à éclairer davantage le consentement des emprunteurs, cautions et investisseurs. La jurisprudence s'est prononcée sur cette problématique s'agissant du crédit à la consommation. Il a ainsi été jugé²⁰⁶ que le droit commun des contrats s'applique au contrat de crédit à la consommation, et que l'engagement de l'emprunteur suppose, pour qu'il soit licite, qu'il comprenne la teneur et la portée du contrat qu'il signe ; tel n'est pas le cas d'un co-emprunteur ne parlant pas et ne comprenant pas le français, ce dont il résulte que son consentement n'a pas été donné de manière valable au sens de l'art. 1109 C. civ. Cette argumentation peut logiquement être étendue à la caution et à l'investisseur. En règle générale, la jurisprudence considère qu'il y a absence de consentement en cas d'illettrisme²⁰⁷ des contractants. La solution paraît compréhensible, dans la mesure où on peut logiquement penser que le formalisme informatif n'atteint pas son objectif de protection de la partie faible dès lors que cette dernière ne dispose pas des aptitudes lui permettant de lire l'offre qui lui est faite, et ainsi de comprendre la portée réelle de son engagement. Les techniques de l'offre préalable, du droit de rétractation, le formalisme particulier du cautionnement, la législation et la réglementation en matière d'investissement semblent en effet conçues pour une société de personnes pouvant au moins lire et comprendre la langue française. La Cour de cassation²⁰⁸ a ainsi eu l'occasion d'annuler un contrat de cautionnement donné par des personnes positivement illettrées qui croyaient que leur patrimoine ne serait pas engagé. Mais hors ces cas particuliers, il paraîtra en pratique bien difficile au contractant protégé de soutenir que son

²⁰⁶ Reims, 15 févr. 2001 : CCC. 2002, n° 37, note Raymond.

²⁰⁷ Civ. 3^e, 15 déc. 1998 : Defrénois 1999. 1038, note Talon.

²⁰⁸ Civ. 1^{re}, 25 mai 1964 : D. 1964. 626.

consentement a été vicié alors qu'il a bénéficié d'un temps raisonnable de réflexion et des règles légales et jurisprudentielles promouvant un consentement éclairé. Les juges semblent en effet se montrer particulièrement pointilleux en matière d'annulation des contrats de crédit sur le fondement des vices du consentement. C'est ainsi qu'une Cour d'appel²⁰⁹ considère qu'un majeur atteint de schizophrénie peut malgré sa maladie disposer du discernement suffisant pour passer des contrats de crédit à la consommation, au moins avant qu'une mesure de tutelle ou de curatelle ne soit prise à son égard. Les dispositifs législatifs et jurisprudentiels de protection du consentement peuvent donc avoir une forte incidence baissière sur le contentieux de l'annulation des crédits à la consommation et de leur cautionnement. Comme le note L. AYNES, « La présence de formes légales interdit en principe la discussion de l'intégrité du consentement. »²¹⁰ L'auteur relève également que le formalisme est l'instrument privilégié de la prévention. Par conséquent, « aucun espace, si réduit soit-il n'est laissé au consensualisme, par lequel pourrait s'engouffrer un vice substantiel. »²¹¹

119. Cette argumentation est dans une certaine mesure valable en matière de rapports entre le PSI et l'investisseur. Ce dernier pourra difficilement convaincre les juges d'un vice du consentement, au cas où le PSI a agi dans le respect des règles d'information relatives aux services d'investissement. Le consommateur, la caution ou l'investisseur s'estimant victimes d'un vice du consentement peuvent ainsi être dissuadés de saisir le juge, car ayant moins d'arguments à leur disposition pour plaider, outre les difficultés probatoires²¹² liées à l'action en nullité pour vices du consentement. Cela est d'autant plus vrai dans le cadre du crédit à la consommation que les deux premiers cités ont eu un délai de réflexion découlant de l'offre préalable, un délai de rétractation pour l'emprunteur, un formalisme supplémentaire de protection pour la caution, le conseil et la mise en garde pour les emprunteurs, cautions et investisseurs non avertis. L'emprunteur a par exemple pu bénéficier d'un minimum de 22 jours en matière de crédit à la consommation pour donner un consentement éclairé. L'existence de ces mécanismes de protection concourt ainsi à réduire considérablement les cas de contentieux liés aux vices du consentement, dès lors que l'emprunteur a bénéficié d'un temps raisonnable pour donner un consentement éclairé. En effet, la preuve de chacun des vices du consentement prévus à l'art. 1109 C. civ. semble dans bien de cas très difficile à rapporter dans ce contexte particulier de protection légale et jurisprudentielle du consentement

²⁰⁹ Bordeaux, 1er avr. 2004: CCC 2004, n° 164, obs. Raymond.

²¹⁰ L. Aynès, préc. n° 23.

²¹¹ L. Aynès, préc. n° 27.

²¹² Sur ce point, cf. C. Ouerdane-Aubert de Vincelles, préc. n° 151 et s.

des contractants. En ce sens il a été soutenu que « la naissance et le développement de la théorie des vices du consentement, spécialement de l'erreur, sont liés en droit romain à la naissance des contrats consensuels. Les contrats formalistes, formés par la *stipulatio*, étaient insusceptibles d'être annulés pour erreur. »²¹³. Le formalisme semble donc s'accommoder difficilement de la théorie des vices du consentement.

120. S'agissant de l'erreur, la démonstration d'une erreur substantielle, excusable²¹⁴ et connue du cocontractant, laquelle a vicié le consentement de l'autre partie ne sera pas aisée en pratique. L. AYNES considère ainsi que « le vice d'erreur ne pourrait, d'abord être invoqué avec succès. Enumérées dans l'article 5 des lois de 1978 et 1979, les qualités substantielles du prêt sont nécessairement objectivées ; si bien que le consommateur ne peut avoir de la réalité une représentation erronée. La réalité n'est pas seulement traduite par la mention ; elle est réduite à son contenu. Ainsi, ni l'erreur sur la quantité ou la qualité de la monnaie, sur les dates de sa mise à disposition, ou même, si l'on admet l'erreur sur sa propre prestation, sur le montant de l'intérêt et le coût du crédit, l'étendue de l'obligation de l'emprunteur, ne peuvent être sérieusement commises, en présence de mentions obligatoires. »²¹⁵. Le formalisme du crédit et du cautionnement limite donc considérablement les risques d'erreur, et partant les hypothèses de contentieux des vices du consentement en découlant. L'observation de la jurisprudence confirme cette assertion. Ainsi, en matière de cautionnement, la Cour de cassation décide que la seule appréciation erronée, par la caution, des risques que lui faisait courir son engagement ne constitue pas une erreur sur la substance, de nature à vicier son consentement ; ainsi ne porte pas sur la substance de l'engagement de la caution l'erreur d'appréciation commise sur les possibilités de croissance du fonds de commerce appartenant au débiteur principal²¹⁶. Il va sans dire que la caution pourra difficilement invoquer avec succès l'erreur fondée sur la croyance en une amélioration future de la situation économique du débiteur.

En revanche, l'erreur de la caution sur la solvabilité, au jour du cautionnement, du débiteur principal ne peut être prise en compte que si cette circonstance a été la condition de

²¹³ L. Aynès, préc. note 59. L'auteur cite pour sources : Monier, Manuel élémentaire de droit romain, Les obligations, 1954, n°62 et s., p. 78 ; J. Macqueron, Histoire des obligations, Le droit romain, Cours polycopié, Aix-en-Provence, 2^e éd., 1975, p. 222. et s.

²¹⁴ La jurisprudence décide en effet que l'erreur n'est cause de nullité que dans la mesure où elle est excusable. Soc. 3 juill. 1990 : D. 1991. 507 (2^e esp.), note Mouly ; RTD civ. 1991. 316, obs. Mestre.

²¹⁵ L. Aynès, préc. n° 28.

²¹⁶ Civ. 1^{re}, 13 nov. 1990 : Bull. civ. I, n° 242 ; D. 1991. Somm. 385, obs. Aynès ; RTD civ. 1991. 149, obs. Bandrac.

l'engagement de la caution²¹⁷. La preuve de cette condition « est quasiment impossible à apporter, surtout pour les cautions ignorantes des affaires et du droit qui n'auront pas pris soin de préciser par écrit cette condition de leur engagement, ce qui mènera inévitablement à l'impossibilité d'une nullité sur ce fondement. Et lorsque ces quelques faisceaux probatoires existent, leur appréciation aléatoire selon les juges n'emporte pas toujours leur conviction. »²¹⁸. La Haute juridiction considère toutefois que l'erreur de la caution sur l'étendue des garanties (hypothèque de quatrième rang et non de troisième rang) fournies au créanciers, ayant déterminé son consentement, constitue une cause de nullité²¹⁹. Mais des contraintes d'ordre probatoire compromettent significativement le succès d'une telle action.

121. On le voit, la nullité du cautionnement sur le fondement de l'erreur est strictement encadrée par les juges. C. OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES relève en ce sens que « ce vice du consentement est donc très certainement un des plus difficiles à prouver, car ne s'appuyant sur aucun fait matériel, toutes les preuves à rapporter relèvent du domaine purement psychologique. La conviction du juge, elle aussi hautement subjective, dépendra alors des circonstances et de sa plus ou moins grande sévérité. Ces difficultés cumulées sont un frein considérable à la démarche des justiciables, et quand elles ne le sont pas, le résultat peut être décevant pour eux²²⁰. Ainsi, même si la victime a commis une erreur sur une qualité déterminante qui l'a conduite à signer un contrat ne présentant en fait pour elle aucun intérêt, la nullité pourra ne pas être prononcée faute de preuve. Dans une telle hypothèse, alors que la nullité du contrat est la sanction efficace permettant de rétablir la situation qui aurait été celle de la victime si la règle avait été respectée, les obstacles probatoires empêchent son prononcé et donc limitent considérablement son efficacité. »²²¹.

122. En règle générale, on peut logiquement penser qu'un contractant ayant bénéficié du formalisme informatif, des délais de réflexion et de rétractation, ainsi que de la mise en garde aura davantage de difficultés à démontrer qu'il a été victime d'une erreur excusable. A

²¹⁷ Civ. 1^{re}, 25 oct. 1977 : Bull. civ. I, n° 388. Com. 2 mars 1982 : D. 1983. 62, note Agostini. Civ. 1^{re}, 19 mars 1985 : JCP 1986. II. 20659, note Bouteiller.

²¹⁸ C. Ouedane-Aubert de Vincelles, préc. n° 153.

²¹⁹ Civ. 1^{re}, 1^{er} juill. 1997 : Bull. civ. I, n° 219 ; D. Affaires 1997. 1039; Defrénois 1997. 1425, obs. Aynès ; RTD civ. 1997. 970, obs. Bandrac.

²²⁰ Selon M. MALINVAUD, les actions en nullité intentées pour erreur sur la substance seraient rejetées dans neuf cas sur dix : De l'erreur sur la substance, D. 1972 chron. 215. Voir sur l'impuissance de l'erreur : G. Venandet, La protection de l'intégrité du consentement dans la vente commerciale, Université de Nancy II, 1976, n° 82 et s.

²²¹ C. Ouedane-Aubert de Vincelles, préc. n° 154.

moins de prouver que l'erreur a été provoquée par la réticence dolosive du cocontractant²²². Même dans cette hypothèse, l'argument fondé sur la réticence dolosive a peu de chances de succès si le banquier a correctement rempli ses obligations légales et jurisprudentielles.

123. S'agissant de la violence, l'action de la victime doit traditionnellement remplir quatre conditions pour être admise : « une violence physique ou morale, illégitime ou injuste, qui a fait naître la crainte d'un mal considérable (et présent). »²²³. En matière bancaire, c'est surtout la violence économique qui peut être invoquée par les cocontractants des établissements de crédit. La Cour de cassation considère en effet que la violence « peut comprendre la contrainte économique »²²⁴ ; mais encore faut-il que cette violence soit illégitime. La preuve du caractère illégitime de la contrainte économique n'est pas aisée. En effet, « les rapports de domination économiques ne sont pas en soi illégitimes ; ils ne sont que le reflet de la société économique moderne. Il serait tout à fait dangereux pour la sécurité juridique et tout aussi injuste de considérer que la seule dépendance économique est constitutive de violence, car dans ce cas, la plupart des contrats devraient être annulés, puisque nous sommes tous, plus ou moins, dans une situation de nécessité lorsque nous contractons : (...) Et à ce titre, la Cour de cassation a raison de rappeler que la violence doit être illégitime et que le seul rapport de domination ne suffit pas à la caractériser²²⁵. Cette violence devient illégitime lorsque la contrainte exercée conduit à imposer des conditions contractuelles injustes : il faut que cette contrainte soit anormale ce qui signifie « que le but de la violence doit être d'obtenir un avantage illicite que rien ne motive »²²⁶ »²²⁷. Il va sans dire que dans un contexte normatif orienté vers la mise en place des mécanismes destinés à prévenir les vices du consentement, la preuve d'une violence économique s'en trouvera davantage compromise. On comprend ainsi que les faits de violence économique parfois invoqués par les emprunteurs et surtout par les cautions pour se libérer de leurs engagements ne prospèrent généralement pas en jurisprudence²²⁸. En effet, les cautions soutiennent parfois

²²² En effet, l'erreur provoquée par la réticence dolosive est toujours excusable. Civ. 3^e, 21 févr. 2001 : Bull. civ. III, n° 20 ; D. 2001. 2702, note D. Mazeaud ; *ibid.* Somm. 3236, obs. Aynès.

²²³ C. Ouerdane-Aubert de Vincelles, *préc.* n° 165.

²²⁴ Civ. 1^{re}, 30 mai 2000 : Bull. civ. I, n° 169 ; D. 2000. 879, note Chazal.

²²⁵ V. à ce propos : J.-P. Chazal, *De la puissance économique en droit des obligations*, thèse Grenoble 1996, n° 297 et s ; C. Nourissat, *La violence économique, vice du consentement : beaucoup de bruit pour rien ?* D. 2000. chron. 369 ; J. Rovinski, *La violence dans la formation du contrat*, thèse Aix, 1987, n° 81 s. et 163 s.

²²⁶ R. Demogue, *De la violence comme vice du consentement*, RTD Civ. 1914 p. 435, n° 25, cité par C. Ouerdane-Aubert de Vincelles.

²²⁷ C. Ouerdane-Aubert de Vincelles, *préc.* n° 168.

²²⁸ Pour quelques exemples de rejet de pourvois sur ce fondement : Com. 11 mai 1999, n° 95-416 inédit ; Com. 23 oct. 2001, 99-18416, inédit ; Com. 3 oct. 2006 ; 04-13987, inédit ; Com. 7 juillet 2009, 08-14362, inédit. La Cour de cassation a toutefois eu l'occasion d'annuler un contrat de cautionnement parce que la caution, femme d'un président d'une société familiale en liquidation judiciaire, avait contracté sous la pression du syndic et du

qu'elles ont subi des pressions équivalentes à une contrainte de la part de la banque, pour donner leur accord au contrat. Les difficultés probatoires de l'action en nullité, accentuées par l'existence de règles spéciales protégeant le consentement conduisent à un rejet quasi systématique de cet argument. Ces considérations devraient limiter les hypothèses de saisine des juridictions par les cautions sur le fondement de la violence économique.

124. En matière de dol, le contractant souhaitant remettre en cause la validité de l'accord devra prouver que le dol émane de la banque ou de son représentant, et établir l'intention dolosive, ainsi que le caractère déterminant du vice. La Cour de cassation²²⁹ a ainsi cassé un arrêt d'une Cour d'appel n'ayant pas établi que le défaut d'information avait pour objet de tromper la caution et l'amener à contracter. La Haute juridiction²³⁰ décide également que le manquement à une obligation précontractuelle d'information ne peut suffire à caractériser le dol par réticence, si ne s'y ajoute pas la constatation du caractère intentionnel de ce manquement et d'une erreur déterminante provoquée par celui-ci. C. OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES note en ce sens que « la notion de dol a toujours été comprise, depuis le Code civil, comme une erreur provoquée²³¹ ; les manœuvres doivent être trompeuses et avoir conduit la victime à commettre une erreur sur l'appréciation du contrat, erreur qui a vicié le consentement²³². ». On en déduit que le succès d'une action du contractant fondée sur le dol est très hypothétique, et n'est certainement pas de nature à inciter les demandeurs potentiels à engager des poursuites judiciaires sur ce fondement.

C'est surtout sur le terrain de la réticence dolosive que les cautions essaient de remettre en cause la validité de leur consentement. Le dol peut en effet être constitué par le silence d'une partie dissimulant à son cocontractant un fait qui, s'il avait été connu de lui, l'aurait empêché de contracter²³³. Il est ainsi arrivé que les cautions obtiennent la nullité des contrats de cautionnement pour absence d'information de la caution sur la situation irrémédiablement compromise du débiteur principal²³⁴. Mais si le banquier joue le jeu de la

président du tribunal de commerce qui la menaçaient d'une remise en cause de leur changement de régime matrimonial si elle ne garantissait pas les dettes de la société : Com., 28 mai 1991, D. 1992. 166 note P. Morvan, D. 1991. Somm. 385 obs. L. Aynès, RTD civ. 1992. 85 obs. J. Mestre.

²²⁹ Civ. 1^{re}, 13 févr. 1996, Bull. civ. I, n° 78.

²³⁰ Com. 28 juin 2005 : Bull. civ. IV, n° 140 ; D. 2005. pan. 2838, obs. Amrani Mekki.

²³¹ Tel n'était pas le cas dans l'ancien droit. Voir P. Chauvel, Le vice du consentement, thèse Paris II, 1981, n° 565 et s.

²³² V. Aubry et Rau, tome 4, 6^e éd. par Bartin, p. 441 à 445 ; Demogue, Traité des obligations en général, 1921, tome 1 n° 364 ; J. Flour et J.-L. Aubert, Les obligations, L'acte juridique, n° 219 ; Laurent, Droit civil français, 1878, tome XV, n° 522 ; Marty et Raynaud, Les obligations, tome I, n° 157 ; Planiol et Ripert, Traité pratique de droit civil français, tome 6 par Esmein, LGDJ 1952, p. 240 n° 199 ; F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, Les obligations, n° 220.

²³³ Civ. 3^e, 15 janv. 1971, Bull. civ. III, n° 38 ; RTD civ. 1971. 839, obs. Loussouarn.

²³⁴ Com. 8 nov. 1983, Bull. civ. IV, n° 298 ; Civ. 1^{re}, 26 nov. 1991 : Bull. civ. I, n° 331.

transparence, et se conforme à ses obligations légales et jurisprudentielles, les hypothèses de réticence dolosive n'en seront que rarissimes voire inexistantes. Il est toutefois vrai que dans la pratique des affaires, les acteurs ne sont pas nécessairement animés à tous les instants du souci de transparence et de bonne foi devant guider leur conduite, lorsqu'ils souhaitent éviter des litiges. C'est ainsi que les cautions fondent parfois leurs actions en annulation sur le manquement à l'obligation de bonne foi²³⁵, de laquelle les juridictions peuvent déduire un dol par réticence. Les juges ont ainsi pu déclarer inopposable la clause énonçant que la caution ne fait pas de la situation du cautionné la condition déterminante de son engagement²³⁶. Mais la bonne foi étant présumée, la preuve contraire n'est pas facile à rapporter. En effet, « même si cette notion est souvent évoquée, elle reste floue et incertaine. »²³⁷. En outre, du fait des difficultés probatoires et d'une jurisprudence parfois fluctuante, « les parties et surtout les victimes restent dans l'incertitude totale, ce qui peut les dissuader de toute action en justice alors incertaine. »²³⁸.

125. Dans tous les cas, l'établissement de crédit ayant rempli son obligation d'information en conformité avec la loi pourra difficilement être poursuivi sur le fondement de la réticence dolosive. La jurisprudence décide en effet qu'il ne saurait y avoir réticence dolosive lorsque le prêteur s'est conformé aux prescriptions légales qui détaillent avec précision, dans un modèle type, son obligation de renseignement²³⁹. On sait que l'offre préalable doit être établie selon l'un des modèles-types annexés à l'article R. 311-6 C. consom., et qu'en professionnels du crédit, les banques ont tout intérêt à se conformer aux dispositions légales, d'autant plus qu'elles encourent des sanctions civiles et pénales en cas de manquement²⁴⁰. Toutefois, il a été ultérieurement jugé que la présentation d'une offre conforme aux exigences légales ne dispense pas l'établissement de crédit de son devoir de conseil à l'égard de l'emprunteur, en particulier lorsqu'il apparaît à ce professionnel que les charges du prêt sont excessives par rapport à la modicité des ressources du consommateur²⁴¹.

²³⁵ Civ. 1^{re}, 16 mai 1995 : JCP 1996. II. 22736, note X. Lucas ; Civ. 1^{re}, 18 févr. 1997 : Bull. civ. I, n° 61 ; Gaz. pal. 1997. 2. Somm. 446, obs. S. Piedelièvre ;

²³⁶ Civ. 1^{re}, 13 mai 2003 : Bull. civ. I, n° 114 ; D. 2004. 262, note Mazuyer. D. 2003. AJ. 2308, obs. Avena-Robardet (2^e esp.).

²³⁷ C. Ouerdane-Aubert de Vincelles, préc. n° 157.

²³⁸ C. Ouerdane-Aubert de Vincelles, préc. n° 158.

²³⁹ Civ. 1^{re}, 14 juin 1989 : JCP 1991. II. 21632, note Virassamy ; D. 1989. Somm. 338, obs. Aubert.

²⁴⁰ En effet, lorsque les règles relatives à l'offre ne sont pas respectées, le prêteur encourt une amende de 1500 euros (art. L. 311-34 C. consom.). De plus, il est déchu du droit aux intérêts, l'emprunteur n'étant tenu qu'au remboursement du capital selon l'échéancier prévu (art. L. 311-33 C. consom.) En matière de crédit immobilier, l'amende est de 30 000 euros, et le juge peut en outre prononcer une déchéance totale ou partielle du droit aux intérêts.

²⁴¹ Civ. 1^{re}, 27 juin 1995 : D. 1995. 621, note S. Piedelièvre ; RTD civ. 1996. 385, obs. Mestre ; Defrénois 1996. 689, étude Scholastique.

La question du dol peut donc rejaillir sur le terrain de l'obligation de conseil et surtout de mise en garde du banquier dispensateur de crédit, et par extension prestataire de services d'investissement. On déduit de cette décision que si le banquier a respecté les obligations d'information, de conseil et de mise en garde, il sera quasiment impossible au cocontractant d'invoquer avec succès le dol comme cause d'annulation du contrat. En outre, même lorsque les faits de dol sont constitués, l'annulation du contrat n'est pas automatique. Il faut que le dol ait un caractère déterminant. Ainsi, en cas de non-respect d'une obligation légale d'information précontractuelle, le juge ne peut annuler le contrat sans rechercher si le défaut d'information a eu pour effet de vicier le consentement du contractant²⁴².

126. On le voit, la processualisation de l'échange des consentements instituée par le code de la consommation, l'obligation légale d'information basée sur un formalisme informatif pointilleux, l'existence de délais de réflexion et de rétractation, l'obligation jurisprudentielle de mise en garde aboutissent à réduire considérablement les hypothèses d'actions fondées sur l'erreur, la violence ou le dol. Dans ce contexte, l'emprunteur, la caution ou l'investisseur auront une tâche titanesque à prouver un vice du consentement émanant de leurs banques. La mise en place de normes destinées à éclairer le consentement de certaines catégories de contractants vulnérables au cours de la phase précontractuelle, combinée aux difficultés probatoires classiques de l'action en nullité pour vices du consentement permettent largement de désamorcer ce contentieux.

127. Après avoir exposé les dispositifs juridiques contribuant à limiter le nombre de personnes pouvant potentiellement ester en justice, il serait intéressant de s'intéresser aux pratiques bancaires aboutissant à ce résultat.

Section 3 : LES PRATIQUES BANCAIRES DE SELECTION DES CONTRACTANTS

²⁴² Com. 10 févr. 1998 : Bull. civ. IV, n° 71 ; D. 1999. Chron. 431, étude Marot ; D. affaires 1998. 375, obs. E. P. ; ibid. 988, étude Kamdem.

128. On peut relever d'emblée que l'apport de l'informatique constitue ces dernières années un atout important dans le cadre de la gestion du poste clients. Certaines banques développent en effet des outils informatiques destinés à « border les risques ». C'est ainsi que d'après le directeur du service contentieux et du recouvrement amiable du CIC, l'évolution du système informatique de cette banque depuis 2001 a incontestablement conduit à une amélioration notable du suivi et du traitement du risque client. L'informatique a ainsi conduit à une amélioration de la prévention de l'impayé. En effet, la création de bases de données dites de « risque client » a permis aux chargés de clientèle de disposer d'informations essentielles sur la situation financière des demandeurs de crédit (documents comptables, fonctionnement du compte) et de pouvoir adapter au mieux l'offre de crédit aux capacités financières des clients, voire de refuser purement et simplement l'accès au crédit.

En outre, un système d'alerte et de contrôle informatique a contribué à responsabiliser davantage les agents de cette banque au risque client. En effet, les irrégularités dans le fonctionnement de comptes courants ou dans le remboursement de prêts sont automatiquement détectées par l'outil informatique. Ce dispositif ne laisse aucune place à l'oubli ou à un défaut de diligence dans le traitement des impayés. Cet exemple montre que l'outil informatique contribue à une amélioration de la qualité du service bancaire, et contribue ainsi à prévenir le contentieux.

129. Cette remarque préliminaire étant effectuée, il est possible de s'attarder plus longuement sur les critères de sélection des bénéficiaires du crédit (§ 1), qui s'accompagnent très souvent d'un recours aux sûretés et aux différentes clauses ayant un effet psychologique incitatif à l'exécution par le débiteur (§ 2).

§ 1- DES CRITERES DE SELECTION PLUS RESTRICTIFS

130. On constate ces dernières années une sélectivité accrue des bénéficiaires de crédit de la part des banques en général. Ces dernières ont à cet effet développé en leur sein des systèmes d'évaluation de risques « *scoring* »²⁴³, qui leur permettent d'avoir une meilleure appréciation du risque que présentent certains emprunteurs. Cette technique permet d'attribuer

²⁴³ Pour une description détaillée, v. N. van Praag, *Crédit management et crédit scoring*, Economica, Gestion poche 1995 ; A. Hamdani, *Le scoring et la prévention du risque bancaire*, Université Montpellier 2, 1991.

une note aux clients, à partir de certains critères liés à la situation familiale, professionnelle et bancaire des emprunteurs. La note attribuée au client (entreprise ou particulier) constitue un des éléments d'appréciation du dossier, notamment en matière de crédit immobilier et de crédit aux entreprises et influe au final sur le coût du crédit. Ainsi, les clients moins bien notés auront du mal à emprunter, compte tenu du renchérissement du coût du crédit à leur égard. Cette technique contribue par conséquent à sélectionner les emprunteurs, permettant de limiter les risques pris par les banques dans le cadre du crédit. On note toutefois qu'en matière de crédit à la consommation, la sélection paraît moins affinée, puisqu'elle consiste dans bien des cas à rentrer les données fournies par le client dans un logiciel, pour décider de l'octroi ou du refus de crédit. On peut y voir l'une des raisons expliquant que le contentieux du crédit à la consommation n'ait pas diminué entre 1993 et 2005, contrairement à celui du crédit immobilier et celui du crédit aux entreprises. En effet, une observation du fichier des incidents de remboursement des crédits aux particuliers (FICP)²⁴⁴, ainsi que de l'évolution des demandes en paiement devant les tribunaux sur la période 1992 à 2004 montre que l'augmentation concerne uniquement les crédits à la consommation. Les incidents de paiement relatifs aux crédits immobiliers, qui ne représentent qu'une proportion de plus en plus limitée des incidents de paiement (de 8,49% en 1999 à 4,59% en 2003)²⁴⁵ restent au plan quantitatif relativement stables et diminuent même en 2003 : cette diminution correspond à peu près à l'évolution sur la même période du contentieux de l'impayé du prêt devant les tribunaux de grande instance (de 8989 à 6981). En revanche, l'augmentation des incidents de paiement est très forte, sur cette période, pour les crédits à la consommation, sous toutes leurs formes, et spécialement pour les prêts personnels ou crédits permanents, qui représentent en 1999 57,23% des incidents et 62,03% en 2003, et qui passent sur ces quatre ans de 879 273 à 1 717 853 incidents. Or, sur cette même période, le contentieux du crédit à la consommation (devant les tribunaux d'instance) augmente lui aussi, même si l'augmentation est très amortie, passant de 47 651 à 61 018 demandes pour le poste relatif aux demandes en remboursement d'un prêt (53B). Il y a donc, incontestablement, un certain lien entre le nombre d'incidents de paiement pour les différentes catégories de crédits et les évolutions du contentieux. Comme le révèle en effet l'étude du CERCRIID²⁴⁶, au-delà des explications fondées sur les évolutions

²⁴⁴ Ce fichier a été institué par la loi de 1989 sur le surendettement. Son contenu, fixé à l'art. L. 333-4 du code de la consommation recense les incidents dits « caractérisés ». Ces incidents répondent aux critères précisés par l'article 3 du règlement n° 90.05 modifié du 11 avril 1990 du comité de la réglementation bancaire et financière (CRBF) et se traduisent par le constat d'impayés enregistrés au titre du remboursement d'un même crédit.

²⁴⁵ Cette baisse est de 3,53% en 2008, ce qui confirme la tendance observée.

²⁴⁶ L'évolution du contentieux de l'impayé : éviction ou déplacement du rôle du juge ? CERCRIID Juin 2009, P. 59 et s.

économiques sources de difficultés financières plus ou moins grandes pour les particuliers et les ménages, ces évolutions différenciées tendent à accréditer l'idée que les bénéficiaires de crédits immobiliers sont, dans les années observées, plus strictement sélectionnés que les bénéficiaires de crédits à la consommation, d'où moins d'incidents de paiement les concernant, d'où moins de demandes en remboursement formées devant les tribunaux. Il est en outre très significatif que, au sein des différentes catégories de crédits à la consommation, ceux où l'augmentation du nombre d'incidents est le plus élevé sont les prêts personnels et crédits permanents, qui sont souvent accordés par des établissements spécialisés, qui ne sont généralement pas en relation suivie avec l'emprunteur et qui ne pratiquent pas une sélection aussi personnalisée des bénéficiaires de crédit.

131. Par ailleurs, une analyse des statistiques en matière de surendettement confirme l'idée d'une meilleure sélection des bénéficiaires du crédit. De prime abord pourtant, ces statistiques semblent plutôt démentir l'hypothèse d'une meilleure sélection des bénéficiaires de crédit. En effet, pendant toute la période où le contentieux de l'impayé diminue, on observe parallèlement une augmentation considérable du nombre des procédures de traitement du surendettement²⁴⁷ : le contentieux diminue alors qu'il y a de plus en plus de débiteurs particuliers en difficulté (donc, on le suppose, de plus en plus d'incidents de paiement). Toutefois, une analyse plus fine conduit à nuancer le propos. En effet, la part que jouent dans le passif des débiteurs surendettés les crédits immobiliers est en baisse constante, l'essentiel de ce passif étant aujourd'hui constitué par les crédits à la consommation, voire des charges de la vie courante. Une enquête typologique publiée par la Banque de France en 2007²⁴⁸ montre en effet que, si les crédits bancaires constituent toujours une part importante de l'endettement pris en charge dans le cadre de ces procédures (en 2004, ces crédits constituaient 75% de la part de l'endettement dans 6 dossiers sur 10, l'autre poste étant les charges de la vie courante), la part des crédits immobiliers dans cet endettement est relativement faible, et plutôt en diminution. Alors que 15% des dossiers contenaient un crédit immobilier en 2001, cette proportion avait été ramenée à 10% en 2004, et est tombée à 8% dans le baromètre du surendettement pour l'année 2007 publié par la Banque de France. Par rapport au nombre global des incidents de paiement en matière de crédits aux particuliers, elle n'est que de 3,8% en 2008, le plus gros des incidents (63,73%) affectant les prêts personnels.

²⁴⁷ Les derniers chiffres publiés par la Banque de France révèlent qu'entre 1990 et 2006, le nombre de dossiers déposés est passé de 90 174 à 184 866, soit quasiment du simple au double. Parallèlement, le nombre de dossiers recevables est passé de 64 320 à 157 950 environ. Depuis 2004, les procédures de rétablissement personnel instituées par la loi du 1^{er} août 2003 sont passées de 16 321 à 24 190.

²⁴⁸ http://bdfbs-ws01.heb3.fr.colt.net/fr/instit/telechar/services/enquete_typo2007_surendettement.pdf

Il apparaît donc que les difficultés de paiement sont dues, et de plus en plus, aux crédits à la consommation, et de moins en moins aux crédits immobiliers. Or, on le sait, sur le plan du contentieux, il existe une différence nette entre celui relatif au crédit immobilier, en baisse constante (poste 53B devant les tribunaux de grande instance) et celui relatif au crédit à la consommation (postes 38C : demandes en paiement du solde débiteur d'un compte bancaire et 53B : demande en remboursement d'un prêt devant le tribunal d'instance) qui est plutôt en hausse. Cela peut bien accréditer l'idée selon laquelle les bénéficiaires de crédits immobiliers ont été de plus en plus sélectionnés, ce qui explique qu'ils soient moins touchés par le phénomène du surendettement : la baisse du contentieux de l'impayé concernant ce type de crédit pourrait être, en partie, liée à cette évolution. A l'inverse, l'augmentation du contentieux de l'impayé en matière de crédit à la consommation pourrait être liée à une moindre sélection des bénéficiaires de crédits à la consommation, de plus en plus touchés par les difficultés financières et donc plus présents dans les procédures de traitement du surendettement. On en trouve confirmation à travers les statistiques générales sur l'endettement des ménages. L'étude réalisée par l'INSEE sur l'endettement des ménages en 2004²⁴⁹ établit que les différences dans l'accès ou le recours au crédit sont particulièrement marquées en fonction des revenus, notamment pour le crédit à l'habitat : les bénéficiaires de tels crédits sont, majoritairement plutôt aisés, ayant un revenu disponible supérieur au revenu médian et d'un âge relativement élevé (autour de 40 ans). En revanche, les bénéficiaires de crédit à la consommation sont d'abord des ménages jeunes possédant peu ou pas de patrimoine financier, donc des ménages moins nantis que ceux bénéficiant d'un crédit à l'habitat. Il est compréhensible que les incidents de paiement soient plus nombreux dans la seconde catégorie que dans la première, et que les crédits à la consommation occupent davantage de place dans le surendettement, le crédit immobilier, accordé à des ménages plus aisés, suscitant de moins en moins de difficultés de paiement, et donc logiquement un moindre contentieux.

132. Comme nous l'avons relevé plus haut, les normes (légales et jurisprudentielles) mises en place au plan national et au plan international ont probablement conduit les banques à une attitude plus responsable en matière de distribution du crédit. On sait par exemple que l'art. L. 331-7 C. consom. prévoit que dans le cadre des mesures qu'elle impose en cas d'échec de la conciliation, la commission de surendettement « prend en compte la connaissance que pouvait avoir chacun des créanciers, lors de la conclusion des différents

²⁴⁹ http://www.insee.fr/fr/themes/documents.asp?ref_id=ip1131

contrats, de la situation d'endettement du débiteur. Elle peut également vérifier que le contrat a été consenti avec le sérieux qu'imposent les usages professionnels. » Une attitude blâmable des créanciers peut ainsi leur être préjudiciable devant la commission de surendettement.

De plus, la crainte d'une éventuelle procédure collective contre le débiteur professionnel, qui peut conduire à une suspension des poursuites est de nature à inciter les banques à une vigilance accrue, lorsqu'elles octroient des crédits aux entreprises.

133. Au plan international, la mise en application des règles de Bâle II semble être parmi les raisons expliquant le développement d'une sélectivité accrue des bénéficiaires du crédit. Ces règles prudentielles pourraient en effet avoir un impact au niveau de la pré-attribution des prêts, dans la mesure où elles obligent à personnaliser le risque client. On comprend ainsi l'idée d'après laquelle pour certains spécialistes, la crise des *subprimes* a parmi ses causes le fait pour les autorités monétaires fédérales américaines d'avoir différé au 1^{er} avril 2008 l'entrée en vigueur des règles de Bâle II, en prévoyant une période transitoire maximale de trois ans, soit jusqu'au 1^{er} avril 2011. L'application de ces accords dans les délais aurait probablement atténué les effets de cette crise, en imposant aux banques américaines une sélection basée sur la qualité des emprunteurs, donc sur leur aptitude à rembourser et non uniquement sur les sûretés garantissant les prêts hypothécaires. Ces sûretés doivent en effet rester accessoires au crédit afin de pallier une éventuelle défaillance des emprunteurs. Les sûretés sont par conséquent les « filles du crédit »²⁵⁰ comme le relèvent MM. CABRILLAC et MOULY, c'est à dire que c'est le crédit qui leur donne naissance. Les sûretés ne sauraient donc être considérées comme les « mères du crédit », dans la mesure où ce ne sont pas elles qui en principe génèrent le crédit (à moins que l'on soit dans le cadre du prêt sur gage). Il va sans dire que les sûretés ne doivent pas constituer l'élément principal sur lequel repose l'octroi du crédit.

134. L'accord de Bâle I (ratio COOKE) prévoyait un ratio global (fonds propres / risques supérieur ou égal à 8%). Il incitait déjà à une certaine prudence des établissements de crédit dans la distribution du crédit. La principale variable prise en compte était le volume du crédit distribué, la qualité de l'emprunteur n'étant pas considérée dans l'évaluation du risque crédit. L'accord de Bâle II²⁵¹ (ratio Mc DONOUGH) a corrigé cette lacune, en affinant

²⁵⁰ M. Cabrillac et C. Mouly, *Droit des sûretés*, 7^e éd., Litec 2004.

²⁵¹ Les accords de Bâle sont intégrés à l'art. L. 511-41 CMF. D'après ce texte, « les établissements de crédit sont tenus de respecter des normes de gestion destinées à garantir leur liquidité et leur solvabilité à l'égard des déposants, et plus généralement, des tiers, ainsi que l'équilibre de leur structure financière. Ils doivent en particulier respecter des ratios de couverture et de division de risques (...) ».

davantage les règles de calcul du ratio, notamment par la prise en compte de la qualité du client emprunteur dans l'évaluation du risque crédit. Cela oblige les banques à une sélectivité accrue des bénéficiaires du crédit, si elles veulent respecter le ratio et éviter les éventuelles sanctions (de la Commission bancaire pour le cas de la France). C'est en ce sens que ces accords présentent un réel intérêt. Issus d'une négociation internationale, ils ne sont que le dénominateur commun des *desideratas* des Etats ayant participé à cette négociation, et il est par conséquent difficile qu'ils soient jugés entièrement satisfaisants par tous²⁵². Une application du dispositif en place permettrait déjà de mieux maîtriser le risque crédit. Par conséquent, les critères d'octroi du crédit doivent davantage prendre en compte la personne du client, afin de limiter les risques d'impayé. Dans tous les cas, même les règles internationales les plus affinées ne dispensent pas le banquier de la prudence élémentaire requise d'un professionnel. Ces règles prudentielles ne pourraient en effet constituer un obstacle absolu aux défaillances des emprunteurs, si les acteurs chargés de la sélection n'observent pas les critères basiques d'octroi du crédit reposant sur la capacité du client à rembourser.

On notera par ailleurs qu'un accord de Bâle III est intervenu le 12 septembre 2010. Cet accord vise à relever le niveau des fonds propres des établissements de crédit, notamment les fonds propres « durs »²⁵³. Ces derniers sont composés uniquement d'actions et de bénéfices mis en réserve par les banques. L'augmentation de ce ratio devra contribuer à limiter l'incitation à la prise de risques. Les banques ont jusqu'en 2019 pour s'y conformer.

135. Sur la base des entretiens effectués auprès des établissements de crédit dans le cadre de l'étude sur l'évolution du contentieux de l'impayé²⁵⁴, ces critères de sélection au plan national se fondent en général sur plusieurs éléments, au nombre desquels la connaissance du client. Il s'agit d'une référence essentielle d'appréciation en matière d'octroi du crédit. Les établissements de crédit s'efforcent d'avoir les informations les plus détaillées sur le client sollicitant le crédit (secteur d'activité, chiffre d'affaires, parts de marché dans ce secteur, flux de trésorerie ou *cash-flow*...). L'octroi du crédit découle donc également de l'appréciation personnelle qu'a la banque du client. Les informations relatives à son secteur d'activité sont ainsi requises, de même que celles concernant son chiffre d'affaires, ses parts de marché dans son secteur, son flux de trésorerie ou *cash-flow*. A cet effet, les fichiers tenus par la Banque de France (FIBEN ou fichier bancaire des entreprises, Centrale des bilans) contenant des

²⁵² Certains ont pu évoquer un « ratio à 2 balles ».

²⁵³ Ces fonds propres durs devront représenter 7% des activités de marché ou de crédit des banques.

²⁵⁴ Rapport préc. p. 194 et s.

informations permettant d'apprécier le risque que présente l'emprunteur, les y aident. Plusieurs banques ont par ailleurs créé des filiales de factoring, lesquelles font également du renseignement commercial. Il s'agit de sources d'informations complémentaires sur les potentiels emprunteurs. C'est le cas par exemple de la BNP qui a créé BNP Paribas Factor spécialisée aussi bien dans l'affacturage que dans le renseignement commercial. C'est aussi le cas du Crédit Agricole à travers sa filiale d'affacturage Eurofactor.

136. Les perspectives de l'entreprise (analyse des bilans) sont également analysées, de même que son niveau d'endettement, ses investissements, la rentabilité du projet financé et la note interne qui lui est attribuée (scoring).

Dans l'un des entretiens, l'interlocuteur souligne que l'agence en charge de l'octroi du crédit doit tenir compte de deux types de documents : les « directives » de la banque qui définissent de façon philosophique la façon dont un crédit doit être octroyé, et les « instructions » qui décrivent précisément la façon de mettre en place un crédit pour tel type de clientèle (entreprise, particulier), tel type de crédit. Ces instructions définissent les personnes éligibles (les personnes non éligibles sont dites « personnes en défaut » : il s'agit de celles qui sont mises en surendettement, en redressement judiciaire, qui n'ont pas honoré leurs engagements passés (incidents de paiement), ...), ainsi que les types de crédit octroyés. Sont décrits dans ces instructions les crédits dits à risques dont le traitement diffère des crédits qui ne sont pas à risques. Si le crédit à octroyer entre dans la catégorie des « crédits à risques », le dossier est nécessairement traité par une « direction des risques ». Il y a plusieurs directions des risques et suivant l'importance du dossier, il est adressé à l'une d'entre elles. Dans un ordre décroissant d'importance, il y a d'abord la direction centrale des risques, puis une direction des risques par branche (par exemple: réseau France, réseau international, réseau gestion des actifs, réseau banque financement, ...) le dossier étant traité par la branche compétente, puis, dans chaque branche, une direction régionale des risques (la banque considérée en compte 9 en France), puis une direction des risques par direction d'exploitation. Tout dépend du type de crédit demandé ; dès lors qu'il est considéré « à risques », il est traité par la direction des risques compétente. Par exemple, lorsqu'un agent économique demande à la banque de lui délivrer un cautionnement en vue de réaliser une opération économique à l'étranger, le dossier est traité par la direction centrale des risques car elle a des services juridiques compétents pour étudier la législation étrangère applicable. Lorsqu'un client demande un prêt immobilier à la banque mais que le rapport charges/ressources est supérieur à 40%, le dossier ne peut plus être traité en agence par le chargé de clientèle, il est adressé à la

direction des risques pour être étudié par une personne indépendante de la relation commerciale au client, dans le cadre de l'exercice de son devoir de conseil.

Les méthodes de sélection des emprunteurs sont diverses, mais on constate qu'elles traduisent généralement un souci de limitation des risques, en particulier pour les crédits d'un montant important, notamment les crédits immobiliers et ceux aux entreprises. C'est cela qui justifie l'étude du dossier par différents services, afin de s'assurer d'avoir pris la décision la plus appropriée.

137. Pour le cas spécifique des crédits à la consommation, les critères d'octroi de crédit reposent en général sur plusieurs éléments.

Le premier élément est celui des relevés de compte. La vérification de ces relevés permet notamment de savoir si le client dispose d'un ou de plusieurs crédits au sein d'autres établissements prêteurs, dont les échéances sont remboursées par prélèvement sur son compte bancaire.

Les revenus du client sont ensuite analysés. La banque recherche notamment quels sont les revenus qu'il perçoit régulièrement, de façon à savoir s'il est en mesure de rembourser l'emprunt sollicité, en appliquant la règle des 33%. Les banques contactent parfois les employeurs, afin de s'assurer que ces derniers sont effectivement salariés, au vu des informations fournies par le demandeur de crédit.

La situation d'endettement du client fait également l'objet d'une attention particulière. Les banquiers sollicitent ainsi des clients les informations sur leur situation d'endettement. Ils ne s'en contentent pas nécessairement, mais essaient parfois de croiser différentes sources d'informations dont elles disposent, afin de s'assurer de l'exactitude des déclarations, en l'absence de fichier positif recensant les différents emprunts contractés²⁵⁵. Les établissements de crédit peuvent également consulter le fichier des incidents de paiement, pour déterminer si le client sollicitant le prêt y figure.

²⁵⁵ Le décret n° 2010-824 du 20 juillet 2010 (JO n° 0167 du 22 juillet 2010) a mis en place le comité chargé de préfigurer la création d'un registre national des crédits aux particuliers. Ce comité est particulièrement chargé d'élaborer un rapport, qui sera remis au gouvernement et au parlement avant le 2 juillet 2011, sur la faisabilité d'un tel registre destiné, selon la loi, à prévenir le surendettement et assurer une meilleure information des prêteurs sur la solvabilité des emprunteurs.

Outre les membres des assemblées parlementaires, des représentants de l'Etat et de la Banque de France et un membre de la Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés, ce comité comprend des représentants de toutes les parties prenantes : établissements de crédit, associations de consommateurs, associations familiales, organismes de microcrédit, associations d'insertion sociale et de lutte contre l'exclusion et associations du secteur du commerce.

Les justificatifs des dépenses du client sont enfin recherchés par les établissements de crédit. Il est question d'évaluer le niveau des dépenses du client, afin de s'assurer de sa capacité à rembourser le crédit.

138. Par ailleurs, on constate que plusieurs banques ont opté pour la création de filiales devant gérer le secteur du crédit à la consommation. C'est ainsi par exemple que la Société Générale confie la gestion de ce crédit à sa filiale FRANFINANCE, la BNP à sa filiale CETELEM, ou encore le Crédit Agricole à SOFINCO et FINAREF. Le but semble être de créer des filiales disposant d'un personnel spécialisé dans la pratique du crédit à la consommation, de l'octroi du crédit à la gestion des défaillances pouvant éventuellement en découler. Les banques se déchargent donc de cette matière au profit de leurs filiales

Dans les deux cas (professionnels et particuliers), la sélection des bénéficiaires du crédit se fait au cas par cas, en fonction du dossier présenté²⁵⁶. La décision finale repose en général sur la capacité du client à rembourser le crédit qui lui est octroyé, et non sur les garanties qu'il peut présenter. Il s'agit comme nous l'avons évoqué, d'une nette différence avec la pratique développée par des banques américaines à l'origine de la crise des *subprimes*. D'où la crise actuelle dont les répercussions sont mondiales du fait de la mondialisation de l'économie, qui crée des interconnexions entre les acteurs de cette économie.

139. Les banques interviennent en effet sur les marchés boursiers, se partageant ainsi les titres émis sur ces marchés, ce qui crée une interdépendance et par conséquent une vulnérabilité plus grande en cas de défaillance d'un maillon de cette chaîne boursière. Les sûretés doivent donc rester accessoires au crédit, et ne pas être l'élément déterminant l'octroi du crédit. Le bon sens bancaire devrait donc prévaloir dans tous les cas, en faisant reposer l'octroi du crédit sur la capacité de remboursement de l'emprunteur. Les établissements de crédit ne respectant pas cette règle basique développeraient une certaine irresponsabilité²⁵⁷ bancaire dont les conséquences sont préjudiciables à l'humanité entière, comme on le voit actuellement. Les efforts du législateur et de la jurisprudence en France peuvent à cet égard être salués. Ainsi par exemple, la création prétorienne du devoir de mise en garde à la charge des établissements de crédit conduit ces derniers à prendre nécessairement en compte les revenus du client dans l'appréciation des critères d'octroi du crédit, sous peine de faire l'objet

²⁵⁶ Pour CETELEM par exemple, 1 dossier sur 3 est rejeté en agence, et 1 sur 2 pour les prêts en ligne, d'après les informations fournies par son directeur M. LABORDE : Emission les Echos de l'éco, i télé, 16 juillet 2009.

²⁵⁷ D'après un ancien trader américain interrogé par des médias français, les crédits liés aux *subprimes* étaient accordés parfois sur simple présentation du numéro de sécurité sociale par l'emprunteur. Cela constituait en l'espèce le principal document d'appréciation du risque...

d'actions en responsabilité de la part des clients et de leurs cautions. Les banques peuvent ainsi perdre une fraction importante de leurs créances. Le devoir de mise en garde désormais ancré en jurisprudence constitue donc un moyen efficace de prévention du risque, et de préservation de la bonne santé du système bancaire national.

140. Malgré le processus de sélection des emprunteurs, on constate en France une forte hausse des chiffres contenus au fichier des incidents de paiement entre 1992 à 2008. On peut en déduire que les techniques législatives de protection et les mesures de prévention prises par les banques ne suffisent pas à expliquer en elles-mêmes la baisse du contentieux de l'impayé en matière de crédit aux entreprises et de crédit immobilier. Cette hausse est de 124,26% en ce qui concerne le nombre de personnes inscrites à ce fichier, et de 119,39% pour les incidents de paiement. Ces incidents portent sur le prêt immobilier, le financement d'achat à tempérament, la location avec option d'achat ou la location vente, le prêt personnel ou le crédit permanent, les découverts bancaires et divers. Par ailleurs, la hausse est de 371,41% s'agissant des mesures prises dans le cadre du surendettement. Il y a tout de même lieu de considérer que les mesures prises par la jurisprudence et le législateur français dès 1989 (et avant l'élaboration des règles de Bâle II), mais aussi l'avis du CCSF recommandant aux banques un seuil limite de 33% d'endettement pour encadrer les crédits aux consommateurs, ont pu produire des résultats appréciables, lorsqu'on fait une comparaison avec les autres pays de l'Union européenne. L'étude d'impact du projet de réforme du crédit à la consommation note ainsi que les ménages français sont moins endettés que la moyenne de l'Union européenne. Ainsi, la France arrive en termes globaux de crédit (en prenant notamment en compte les crédits immobiliers) en troisième position derrière le Royaume-Uni et l'Allemagne. Rapportés au nombre d'habitants, ces encours atteignent 2160 euros par habitant en France, c'est à dire un niveau inférieur à la moyenne de l'UE (2320 euros par habitant). Le Royaume-Uni et l'Irlande dépassent les 5 000 euros par habitant. L'endettement des ménages français demeure ainsi mesuré. Le crédit à la consommation semble ainsi mieux maîtrisé en France, en comparaison aux autres pays de l'union européenne. L'encadrement normatif de ce crédit a certainement conduit à des pratiques bancaires permettant d'atteindre ce résultat, bien que l'on ait observé une hausse du contentieux du crédit à la consommation devant les tribunaux d'instance entre 1988 et 2005. A titre d'exemple, cette hausse va de 44945 en 1988 à 66611 en 2005, soit 48, 20% d'augmentation. On relève tout de même dans la même période une relative stabilité des demandes en paiement du solde débiteur du compte courant (6849 en 1988 à 7321 en 2005). D'où l'option prise par le gouvernement de développer un crédit

responsable, qui suppose à la fois la responsabilité des banques, mais aussi celle des emprunteurs. Il faut en effet éviter d'en arriver à une protection outrancière qui tendrait à déresponsabiliser les emprunteurs. Les banquiers français rencontrés nous ont heureusement affirmé qu'ils ne faisaient pas reposer leurs décisions relatives à l'octroi des crédits uniquement sur l'aptitude de l'emprunteur à fournir les sûretés devant garantir le remboursement des prêts. Toutefois, les banques recourent dans bien de cas aux sûretés afin de se prémunir contre le risque de défaillance des emprunteurs ayant franchi avec succès les mailles des critères de sélection. On peut ainsi se réjouir de ce que la crise actuelle n'ait pas pris ses origines sous nos yeux...

§ 2- LE RÔLE DES SÛRETÉS COMME TECHNIQUES DE PREVENTION DU CONTENTIEUX : LA PRESSION PSYCHOLOGIQUE SUR LE DÉBITEUR

141. Les établissements de crédit peuvent se faire consentir des sûretés personnelles ou réelles, afin de se prémunir du risque d'inexécution par les débiteurs. Les entretiens menés auprès de ces établissements ont montré que de nos jours, ils y recourent plus souvent que par le passé. Il existe en effet une gamme variée de sûretés réelles ou personnelles permettant de garantir le risque d'impayé. On peut ainsi se féliciter de ce que l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006²⁵⁸ ait introduit dans le code civil de nouvelles sûretés, ce qui offre aux banques des perspectives variées en la matière. Ces garanties sont très souvent hypothécaires en cas de crédit immobilier²⁵⁹. Il est également possible pour un donneur de crédit mobilier de se faire consentir un cautionnement, un gage ou encore d'insérer dans le contrat de prêt une clause de

²⁵⁸ Sur la réforme issue de l'ordonnance du 23 mars 2006, v. Avena-Robardet, D. 2006. Actu. 908 ; Bourassin, obs. D. 2006. Pan. 1386 ; Prigent, AJDI 2006. 346 ; Simler, JCP 2006. I. 124 ; Dossier D. 2006. 1289, par L. Aynès, A. Aynès, Crocq, R. Dammann, P. Dupichot, M. Grimaldi, J. Revel, N. Rontchevsky ; Dossier JCP, supplément au n° 20 du 17 mai 2006, par P. Crocq, Ph. Delebecque, P. Dupichot, M. Grimaldi, D. Houtcieff, D. Legeais, Ph. Simler, J. Stoufflet.

²⁵⁹ L'hypothèque rechargeable consacrée par la réforme des sûretés de 2006 offre également de nouvelles perspectives en la matière.

réserve de propriété, laquelle a été intégrée dans le code civil par la réforme du droit des sûretés du 23 mars 2006. Comme le crédit-bail, cette sûreté conduit le créancier à conserver la propriété à titre de garantie, et présente ainsi des avantages certains pour les établissements de crédit, par exemple en matière de crédit automobile. Cela peut expliquer qu'elle éclipse dans la pratique le gage sur véhicule automobile. En effet, d'après un rapport²⁶⁰ de l'Inspection générale de l'administration, organe du Ministère de l'intérieur, en 2006, moins de 2% des véhicules immatriculés dans l'année étaient gagés, alors que dans le même temps, 62% des véhicules neufs et 21% des véhicules d'occasion récents (moins de 5 ans) étaient achetés à crédit. Au nombre des hypothèses expliquant ce phénomène de désaffection à l'égard du gage, ce rapport (sans doute après entretien avec les sociétés de crédit spécialisées) invoque la préférence des créanciers pour la clause de réserve de propriété. La pression psychologique qu'exerce cette sûreté sur le débiteur est très forte, puisqu'il n'est pas propriétaire, et peut donc voir le créancier le déposséder du bien en cas d'inexécution de l'obligation. Par ailleurs, l'insertion d'une telle clause, outre qu'elle est plus souple et moins coûteuse, dispense le créancier de la nécessité d'obtenir un titre exécutoire en cas de défaillance du débiteur, ce qui pourrait contribuer à une baisse du contentieux de l'impayé, dans le cadre des contrats de crédit comportant une clause de réserve de propriété. La situation est la même si l'établissement de crédit recourt au crédit-bail²⁶¹, dans le cadre des articles L. 313-7 et suivants du CMF.

142. Une autre hypothèse expliquant la désaffection des créanciers pour le gage peut être un recours systématique au cautionnement. En effet, le cautionnement d'un membre de la famille ou d'un ami peut exercer une pression suffisamment forte sur le débiteur, et ainsi l'inciter à trouver les moyens d'exécuter l'obligation. Comme le révèle l'étude du CERCRIID²⁶², les sûretés personnelles semblent de nos jours occuper une place de plus en plus importante en tant que technique de garantie des obligations. En effet, l'opinion communément répandue est que, aujourd'hui, ces sûretés personnelles sont beaucoup plus utilisées qu'elles ne l'étaient il y a cinquante ans. Face aux sûretés réelles, lourdes à la fois dans leur constitution et dans leur mise en œuvre, et plus affectées par l'ouverture d'une procédure collective contre le débiteur, les sûretés personnelles apparaissent plus souples et, parce qu'elles font intervenir un tiers, moins touchées par les contraintes des procédures de

²⁶⁰ v. http://interieur.gouv.fr/sections/a_la_une/publications/rapports-iga/titres-ident--sejour-circ/06-040-01/downloadFile/attachedFile/06-040-01_gages_automobiles.pdf?nocache=1177063694.5

²⁶¹ Pour des données chiffrées relatives à cette sûreté, cf. www.asf.com, rubrique statistiques disponibles.

²⁶² Rapport préc. p. 69 et s.

traitement des difficultés du débiteur garanti. Il est certain que les sûretés personnelles sont aujourd'hui beaucoup plus visibles dans les arrêts (notamment de la Cour de cassation)²⁶³ et qu'elles occupent une place considérable dans les études doctrinales. On notera en outre que l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 a inséré dans le code civil certains mécanismes de sûreté personnelle²⁶⁴ développés par la pratique. C'est notamment le cas de la garantie autonome²⁶⁵ et de la lettre d'intention²⁶⁶. Bien que l'accroissement de l'utilisation des sûretés personnelles paraisse vraisemblable, il est très difficile d'en mesurer exactement l'importance, dès lors qu'elles ne donnent lieu à aucune publicité lors de leur constitution. Toutefois, les chiffres publiés par les sociétés de cautionnement mutuel révèlent une augmentation sensible, sur les années disponibles, du recours au cautionnement. Ainsi, le site Internet des SOCAMA²⁶⁷ (Société de caution mutuelle artisanale) indique qu'en 2004, les SOCAMA ont accordé leur garantie à 29 145 dossiers (+17% par rapport à 2003) pour un montant total de 682 millions d'euros (+21%). Cette progression s'est poursuivie en 2005 où ces organismes ont dépassé la barre des 30 000 dossiers par an (+7,2%) et celle de 700 millions d'euros par an (+6,3%). Une nouvelle augmentation apparaît en 2006 (+11,2% du nombre de dossiers et +26,6% des montants garantis). Pour les années plus anciennes, les rapports annuels de l'Association française des sociétés financières, disponibles à partir de 1994, sont d'un apport important. La consultation des rapports pour les années 1994-2000 nous apprend que le montant des engagements des sociétés de caution mutuelle membre de l'ASF a augmenté de 1,3% en 1994, 4,2% en 1995, 6,6% en 1996 et en 1997, 9,1% en 1998, 15,2% en 1999, 11,9% en 2000. Le développement de ce type d'activité coïncide donc nettement, sur le plan chronologique, avec la baisse du contentieux de l'impayé²⁶⁸. On remarque également qu'entre

²⁶³ Sur ce point v. Cautionnement et autres garanties personnelles état du droit français, étude réalisée par le CERCRID sous la direction de P. Ancel en 1996 pour le Ministère de la justice.

²⁶⁴ L'art. 2287-1 C. civ. issu de l'ordonnance du 23 mars 2006 prévoit que : « les sûretés personnelles régies par le présent titre sont le cautionnement, la garantie autonome et la lettre d'intention. »

²⁶⁵ Conformément à l'art. 2321 C. civ., « la garantie autonome est l'engagement par lequel le garant s'oblige, en considération d'une obligation souscrite par un tiers, à verser une somme soit à première demande, soit suivant les modalités convenues.

Le garant n'est pas tenu en cas d'abus ou de fraude manifestes du bénéficiaire ou de collusion de celui-ci avec le donneur d'ordre.

Le garant ne peut opposer aucune exception tenant à l'obligation garantie.

Sauf convention contraire, cette sûreté ne suit pas l'obligation garantie. »

²⁶⁶ D'après l'art. 2322 C. civ., « la lettre d'intention est l'engagement de faire ou de ne pas faire ayant pour objet le soutien apporté à un débiteur dans l'exécution de son obligation envers son créancier. »

²⁶⁷ <http://www.socama.com/index.html>

²⁶⁸ Il faut toutefois tenir compte du décalage entre le moment où la société de caution mutuelle prend l'engagement, et celui où la créance est recouvrée, décalage pouvant être particulièrement important lorsque le cautionnement est donné pour garantir un crédit immobilier (ce qui est le cas le plus fréquent d'intervention des organismes de caution mutuelle).

2003 et 2009, l'augmentation des encours de ces sociétés a été de 247,05%, puisqu'on est passé de 70 031 millions d'euros à 243 049 millions d'euros.

Pour les autres types de cautionnement (ceux donnés par les membres de la famille, ceux donnés par les dirigeants sociaux...), on ne dispose en revanche d'aucun chiffre général. On ne peut avoir que des indications sur l'utilisation du cautionnement comme garantie de certains types de crédit, notamment avec certaines études réalisées par les ADIL²⁶⁹ sur les prêts immobiliers. Ces études montrent que, si l'hypothèque reste de très loin la sûreté la plus utilisée pour garantir ce type de prêts, le cautionnement est en constante augmentation, du moins celui donné par les organismes spécialisés²⁷⁰. Même très partiels, cependant, ces chiffres paraissent confirmer l'hypothèse d'une utilisation accrue des sûretés personnelles.

143. On constate toutefois à l'observation des statistiques établies par le ministère de la justice grâce à la NAC que la baisse du contentieux de l'impayé ne se traduit pas par une augmentation corrélative du contentieux des recours contre les cautions, ni par une augmentation du contentieux des recours des cautions contre les débiteurs. Cela permet d'exclure tout lien direct entre l'utilisation accrue supposée du cautionnement et la baisse du contentieux de l'impayé. Mais on ne peut cependant pas éliminer l'hypothèse d'une influence indirecte, liée à la pression que l'existence d'une telle sûreté fait peser sur le débiteur. En règle générale, le recours plus systématique aux sûretés est de nature à avoir un effet psychologique²⁷¹ sur les débiteurs, la crainte de la réalisation de la sûreté constituant une incitation plus forte à exécuter l'obligation. En ce sens, les sûretés personnelles sont souvent considérées comme jouant un rôle de prévention, qui tient à la grande proximité existant souvent entre le débiteur et le garant. Dans le cas d'une proximité familiale ou amicale, le débiteur peut être incité à une ponctualité plus grande dans ses règlements pour ne pas exposer la caution à un sacrifice. Cet effet est encore plus net dans le cas typique où le cautionnement est donné par le dirigeant de l'entreprise débitrice. En effet, celui-ci sera d'autant plus incité à éviter la défaillance de son entreprise qu'il sait que cette défaillance se retournera immédiatement contre lui. Ce rôle préventif du cautionnement se rencontre même

²⁶⁹ Agence départementale d'information sur le logement.

²⁷⁰ Voir par exemple une étude réalisée par l'ADIL 35 sur le choix entre hypothèque et caution pour garantir les prêts consentis aux accédants sociaux (<http://www.adil.org/35/acrobat/Etude%20hypo%20ou%20caution.pdf>)

²⁷¹ On peut également citer la pression qu'exercent certaines clauses contractuelles sur le débiteur, telles la clause pénale ou encore celle d'anatocisme consistant à capitaliser les intérêts. Elles aboutissent à une augmentation du montant de la dette due, en cas d'inexécution par le débiteur, et peuvent ainsi l'inciter à exécuter son obligation, notamment du fait de la crainte d'être au final confronté à une obligation plus lourde. Pour une étude approfondie, v. D. Mazeaud, La notion de clause pénale, LGDJ 1990. Sur l'anatocisme, v. O. Gout, Dr. et patr., déc. 2000, p. 26. C. Bragantini-Bonnet, L'anatocisme conventionnel, JCP E, n° 19, 8 mai 2008, 1579.

dans le cas où le cautionnement est donné par une société de caution mutuelle, dans la mesure où celle-ci prend habituellement une sous-caution en la personne d'un membre de la famille de l'emprunteur ou du dirigeant social, ce qui ramène à l'hypothèse précédente. Il est donc possible que le recours à ce type de sûreté « impliquante » pour le débiteur participe, même de manière limitée, à la prévention et partant à la diminution du contentieux de l'impayé.

Dans le même sens, la pression exercée par l'hypothèque pesant sur le bien de l'emprunteur en matière de crédit immobilier l'incite davantage au paiement, sa défaillance pouvant le conduire à vendre le bien à l'amiable afin de désintéresser le créancier. Il est également possible à ce stade que les parties recourent à l'acte notarié, afin d'obtenir un titre exécutoire. Dans les deux cas, les contractants ne vont pas devant les tribunaux et par conséquent, l'impayé n'est pas pris en compte dans les statistiques judiciaires, ce qui contribue à diminuer le contentieux. Il s'agit là d'une différence avec le crédit à la consommation qui est souvent octroyé sans garantie réelle, ce qui peut conduire à poursuivre l'emprunteur devant les tribunaux, dès lors que le prêteur n'a pu trouver un accord avec le consommateur, ou que l'accord n'a pu être exécuté. Cela peut contribuer à expliquer pourquoi la baisse du contentieux de l'impayé ne concerne pas celui découlant du crédit à la consommation.

144. On comprend donc qu'en matière de crédit aux entreprises, les banques sollicitent dans bien de cas le cautionnement du chef d'entreprise. En outre, une hypothèque sur le patrimoine immobilier de l'entreprise ou encore un nantissement de son outil de production constituent des sûretés supplémentaires pouvant garantir une bonne exécution de l'obligation de l'entreprise débitrice. Les chiffres fournis par le Conseil national des greffiers des tribunaux de commerce font ainsi apparaître une légère augmentation de l'utilisation des nantissemments de 1998 à 2007. On passe en effet de 76 165 inscriptions en 1998 à 86 632 en 2007 (le maximum étant atteint en 2005 avec 92221 inscriptions). En matière d'hypothèques, même si les données communiquées par le ministère du budget montrent une relative stabilité du recours à ces sûretés entre 2003 et 2007 (on a comptabilisé 269 872 inscriptions en 2003, alors qu'en 2007, on dénombrait 262 086), on peut penser que la pression psychologique qu'exerce l'hypothèque sur le débiteur est de nature à contribuer à prévenir le contentieux de l'impayé. La perspective de perdre son habitation ou son entreprise étant susceptible de conduire le débiteur à s'employer davantage à trouver les moyens d'exécuter son obligation. Dans ce dessein, un cumul de plusieurs sûretés est par ailleurs possible.

145. Sur un autre plan, la souscription d'une assurance destinée à garantir l'exécution du contrat de prêt constitue également une option qui s'est développée ces dernières années. Il peut s'agir de l'assurance-crédit ou de l'assurance-décès-incapacité du débiteur. Ainsi par exemple, des dispositions relativement récentes au Crédit Agricole permettent aux clients de recourir à des organismes de garantie pour le compte de la banque. Il existe en effet au sein de cette banque une caisse d'assurance interne pouvant garantir les remboursements de crédits moyennant une rémunération de ce service. Dans le cas d'un crédit immobilier, où l'assurance décès-incapacité est quasi-systématiquement souscrite pour faire face au risque décès ou à celui d'invalidité de l'emprunteur, ce mécanisme permettra d'éviter le recours bancaire à l'hypothèque, ce qui dispensera d'une inscription du bien immobilier à la conservation des hypothèques. Le recours à l'assurance permet aux banques de prévenir le contentieux de l'impayé, puisque la défaillance du débiteur leur permet d'être indemnisées par l'organisme d'assurance, ce qui évite la saisine des juridictions en cas d'inexécution par le débiteur.

On peut se féliciter de la réforme des mécanismes d'assurance couvrant le risque crédit, grâce à une modification de la disposition législative qui autorisait les banques à l'occasion d'une demande de crédit immobilier à imposer au consommateur d'adhérer au contrat d'assurance qu'elles commercialisent. Ainsi, depuis 2010, le consommateur peut librement choisir son assurance à condition que l'assurance de son choix présente des garanties équivalentes à celles proposées par la banque. Christine LAGARDE, ministre de l'économie déclare à ce propos : « C'est une vraie révolution : en donnant du choix au consommateur, nous renforçons la concurrence à leur service »²⁷². Le client peut également souscrire une assurance couvrant les instruments de paiement mis à sa disposition contre divers sinistres.

146. De plus, la consécration de la fiducie en droit français par la loi du 17 février 2007 et ses modifications ultérieures²⁷³ offre aux banques de nouvelles perspectives en la matière. Ainsi, la loi du 4 août 2008 permet expressément aux établissements de crédit d'avoir la qualité de fiduciaires. On sait qu'en vertu de l'art. 2016 C. civ., le constituant ou le fiduciaire peut être bénéficiaire du contrat de fiducie. La parution du décret n° 2010-219 du 2 mars 2010 (JO du 4 mars 2010) portant registre national des fiducies vient compléter le dispositif initial. Cela permettra un fonctionnement efficient de cette technique pouvant servir

²⁷² Cf. <http://minefe.gouv.fr>, espace presse, communiqués de presse, 25 novembre 2008.

²⁷³ Notamment la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 et l'ordonnance n° 2009-112 du 30 janvier 2009.

de sûreté²⁷⁴, le transfert de la propriété à titre de garantie étant un nouveau moyen de pression sur les débiteurs constituants.

147. Par ailleurs, l'institution du pacte comissoire par la réforme issue de l'ordonnance de 2006 pourrait aboutir à l'avenir à une réduction des demandes en paiement des dettes résultant de crédits immobiliers. Cette observation est également valable en ce qui concerne le gage, la réalisation du pacte comissoire en la matière permettant au créancier d'obtenir satisfaction sans recourir aux juridictions. De même, la consécration du droit de rétention (art. 2286 C. civ.) par la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008 est de nature à contribuer à une augmentation des hypothèses d'exécution des obligations sans recours aux tribunaux, outre la pression psychologique que cette sûreté crée chez le débiteur. On peut ainsi imaginer qu'en matière de crédits à la consommation, les banques recourent à ce type de sûreté, qui peut également être utilisé dans le cadre du gage sans dépossession.

148. La prévention du contentieux bancaire passe également par l'existence de normes très précises visant à limiter considérablement les espaces de discussion. Cette technique traduit parfois une volonté législative explicite de réduction du nombre de litiges soumis au juge.

²⁷⁴ Sur la fiducie-sûreté, cf. P. Dupichot, La fiducie-sûreté en pleine lumière, JCP 2009. I. 132, n° 8.

Chapitre 2 : LA PREVENTION PAR LA REDUCTION DES ESPACES DE DISCUSSION

149. La prévention du contentieux bancaire peut certes reposer sur la mise en place de dispositions législatives, sur les pratiques bancaires conduisant à mieux sélectionner les contractants, ou encore sur la consécration de règles visant à éclairer davantage le consentement de ces derniers. Mais l'atteinte de ce dessein est également possible à travers la création de normes très précises, parfois prises en réaction à un abondant contentieux antérieur. Certaines de ces normes limitent considérablement les espaces de discussion en cas d'un éventuel différend, en prévoyant clairement les solutions. Il arrive également que le législateur exclut expressément certaines possibilités d'actions en responsabilité. Cette technique législative de prévention conduit fatalement à réduire le nombre d'hypothèses de saisine des tribunaux, de même que celui des personnes pouvant agir en justice, aboutissant ainsi à diminuer le contentieux. On comprend donc pourquoi cette option a été prise par le législateur dans le cadre de l'activité bancaire. Mais ces dispositions, dans leur ensemble, réduisent l'espace de discussion sans toutefois le supprimer totalement. Il en est ainsi en matière de crédit (Section 1) et en matière de cautionnement (Section 2). Les banques

développent par ailleurs des pratiques d'autorèglement réduisant considérablement les éventualités de discussion (section 3).

Section 1 : LE CAS DES NORMES RELATIVES AU CREDIT

150. L'adoption de règles prévoyant avec une grande précision les solutions juridiques aux différends permet aux parties de savoir avec exactitude quel est le sort qui sera réservé à leurs demandes, au cas où ils intenteraient des actions en justice. La clarté de la solution évite en principe tout débat, et contribue ainsi à régler les éventuels litiges en dehors de l'intervention d'un tiers. En effet, dans ces cas, si l'hypothèse prévue par le législateur se réalise, les parties seront pertinemment fixées sur la solution, et il paraîtra par conséquent quasiment inutile de saisir le juge pour régler la question, dès lors qu'il n'existe pas d'ambiguïté quant à la décision qu'il devrait rendre. Le juge est en quelque sorte lié par le texte, et ne dispose pas de pouvoir d'appréciation, ce qui tend à rendre sa saisine sans intérêt. La matière du crédit aux consommateurs (§ I), et celle du crédit aux entreprises (§ II) comportent ainsi d'importantes dispositions devant conduire à réduire les hypothèses de saisine des juridictions.

§ 1- LES DISPOSITIFS POUVANT REDUIRE SENSIBLEMENT LE CONTENTIEUX DU CREDIT AUX CONSOMMATEURS

151. Le secteur des crédits affectés constitue un champ potentiel de nombreux litiges entre banques et emprunteurs. L'opération devant être financée par le contrat de crédit peut en effet être défaillante, et la question relative au sort du contrat de crédit sera nécessairement posée. Conscient de cette situation, le législateur a prévu des dispositions en la matière. Les lois Scrivener de 1978 et 1979 créent en effet ce que H. SYNDET nomme « un lien de dépendance réciproque entre le contrat principal et la convention qui fournit les moyens d'en

payer le prix. »²⁷⁵ Cette interdépendance qu'A.-C. DANA²⁷⁶ explique en recourant à la notion juridique de cause, constitue un outil efficace de prévention du contentieux bancaire.

152. Le crédit immobilier est l'illustration parfaite du mécanisme des crédits affectés au financement d'une opération principale. En vue de réduire les hypothèses de contestation en cas de non conclusion de l'opération financée, le législateur établit un mécanisme de dépendance entre les contrats, dérogeant ainsi au principe de l'autonomie des contrats. L'institution de règles précises réglant les cas de non conclusion de l'opération financée par le contrat de crédit immobilier limite, voire supprime toute interrogation quant au sort de ce contrat. Une condition résolutoire de source légale est ainsi prévue dans les contrats de crédit immobilier. En effet, conformément à l'article L. 312-12 C. consom., « l'offre est toujours acceptée sous la condition résolutoire de la non-conclusion, dans un délai de quatre mois à compter de son acceptation, du contrat pour lequel le prêt est demandé. Les parties peuvent convenir d'un délai plus long que celui défini à l'alinéa précédent. ».

Cette règle est de nature à éviter que naissent d'éventuelles contestations, en cas de non-conclusion du contrat pour lequel le prêt a été consenti. En effet, l'acceptation de l'emprunteur entraînant la formation du contrat de crédit-immobilier, ce dernier devrait être tenu de l'exécuter en toutes circonstances, conformément à la règle « *pacta sunt servanda* ». Le texte de l'article L. 312-12 prévoit un anéantissement rétroactif du contrat de prêt, si l'opération qu'il est destiné à financer n'est pas conclue. L'emprunteur sera en pareil cas dispensé de saisir le juge pour se libérer du contrat de prêt immobilier. Le sort du contrat de prêt est en effet connu en cas de non conclusion de l'opération financée. La clarté de la solution est de nature à dissuader les parties de saisir le juge si l'hypothèse prévue par le législateur se réalise.

La durée minimale de la condition est ici de 4 mois, ce délai laisse un temps raisonnable à l'emprunteur pour négocier le contrat devant être financé par le crédit immobilier, et éventuellement être déchargé du contrat de prêt si le premier contrat cité n'est pas conclu. Pour plus de sécurité, le législateur permet aux parties de convenir d'un délai supérieur à 4 mois, afin de tenir compte des situations particulières où la conclusion (ou la non-conclusion) du contrat financé par le crédit immobilier prendrait un temps plus long. La solution est d'autant plus intéressante « qu'avant 1978 la jurisprudence avait exclu que, sauf circonstances particulières, un lien de droit fût établi entre la vente ou la prestation de services

²⁷⁵ H. Synvet, « Les relations de dépendance entre le contrat principal et le contrat de crédit dans leur formation » n° 2, in *Le droit du crédit au consommateur*, préc.

²⁷⁶ A.-C. Dana, « La sanction de l'interdépendance », n° 4 in *Le droit du crédit au consommateur*, préc.

et le prêt qui concourait à son financement. »²⁷⁷. Il va sans dire que c'est au cas par cas que le juge devait se prononcer, à travers la recherche de ces « circonstances particulières. ». On imagine aisément le volume du contentieux pouvant en découler, de même que l'incertitude juridique liée à une telle solution jurisprudentielle. Il est donc heureux que le législateur soit intervenu pour apporter une réponse claire à cette question.

153. Par ailleurs, dans un souci de précision, la loi détermine la nature des frais pouvant être retenus par le prêteur, en cas de non conclusion du contrat en vue duquel le prêt immobilier a été sollicité. Ainsi, « le prêteur ne peut retenir ou demander que des frais d'étude dont le montant est fixé suivant un barème déterminé par décret. Le montant de ces frais, ainsi que les conditions dans lesquelles ils sont perçus, doivent figurer distinctement dans l'offre. »²⁷⁸.

Cette règle rend très peu probable les hypothèses de saisine d'une juridiction pour régler une telle question.

154. Par dérogation au droit commun, il est également institué un mécanisme d'interdépendance entre le contrat de crédit à la consommation et le contrat principal (vente ou de prestation de services) pour lequel le prêt est affecté. La conclusion du contrat principal est ainsi subordonnée à celle du contrat de prêt. En pareil cas, l'art. L. 311-20 C. consom. prévoit que « lorsque l'offre préalable mentionne le bien ou la prestation de services financé, les obligations de l'emprunteur ne prennent effet qu'à compter de la livraison du bien ou de la fourniture de la prestation (...) ». Le législateur semble ainsi insérer une condition suspensive dans le contrat de crédit affecté. L'emprunteur ne pourra donc être tenu de rembourser le prêt, aussi longtemps que le contrat financé n'est pas exécuté. On peut donc considérer que le contrat de crédit n'est ferme qu'à la date d'exécution du contrat de vente ou de prestation de services. Il va sans dire que tant que l'emprunteur n'aura pas reçu le bien ou la prestation de services, il ne peut être juridiquement tenu par l'exécution du contrat de prêt. On sait en effet qu'en droit commun, les contrats sont en principe autonomes, sauf convention contraire ou volonté législative. L'absence d'une norme prévoyant un lien de dépendance juridique entre le contrat de crédit et le contrat de vente ou de prestation de service financés aurait conduit l'emprunteur à être tenu du prêt, quel que soit le sort du contrat principal. Le législateur consommériste de 1978 permet qu'en cas d'inexécution du contrat financé, l'emprunteur ne

²⁷⁷ H. Synvet, préc., n° 4.

²⁷⁸ Article L 312-14 C. consom.

puisse être poursuivi dans le cadre d'une éventuelle action en paiement, bien que le contrat de prêt soit valablement conclu. Si le banquier a transféré les fonds au vendeur ou au prestataire de services sans s'assurer de l'exécution du contrat par ces derniers, une éventuelle action contre l'emprunteur serait vouée à l'échec. Cet échec certain devrait conduire la banque à renoncer aux poursuites contre l'emprunteur. En pareil cas, la Cour de cassation²⁷⁹ considère même que le prêteur a commis une faute le privant de la possibilité de se prévaloir à l'égard de l'emprunteur, des effets de la résolution du contrat de prêt, conséquence de la résolution du contrat principal. L'interdépendance entre les contrats devrait conduire les banques à s'assurer de l'exécution effective du contrat principal, ce qui limite considérablement les sources de discussion ultérieure sur le sort d'un contrat par rapport à l'autre.

155. Sur un autre plan, la précision du législateur²⁸⁰ quant aux modalités régissant le remboursement anticipé du crédit à la consommation, ou encore quant à la nature et au montant des sommes que le prêteur est en droit de réclamer à l'emprunteur en cas de défaillance de ce dernier vise clairement à limiter les discussions portant sur ces matières. Dans un souci de précision, des décrets d'application fixent dans le détail les montants concernés. Le législateur indique par ailleurs qu'en principe, « aucune indemnité ni aucun coût autres que ceux mentionnés aux articles L. 311-29 à L. 311-31 ne peuvent être mis à la charge de l'emprunteur dans les cas de remboursement par anticipation ou de défaillance prévus par ces articles. (...) »²⁸¹.

De plus, en matière de crédit immobilier, la condition suspensive édictée par l'art. L. 312-13 C. consom. en cas de pluralité de prêts devant financer une même opération, ou encore le pointillisme juridique (art. L. 312-14) qui règle les cas de non conclusion de l'opération immobilière dans le délai fixé concourent à rendre les règles d'une application quasi automatique. La clarté des solutions permet ainsi d'éviter tout débat ultérieur sur les questions concernées. Il va sans dire que dans ces cas, les parties peuvent elles-mêmes trouver les solutions à leurs litiges, le recours aux juridictions ne semblant pas d'une absolue nécessité.

156. La prévention du contentieux du crédit peut également reposer sur des mesures radicales consistant à exclure légalement certaines hypothèses de responsabilité des créanciers.

²⁷⁹ Civ. 1^{re}, 8 juill. 1994 : CCC 1994, n° 213, note Raymond. En ce sens également : Lyon, 3 mai 1995 : CCC 1996, n° 32, note Raymond.

²⁸⁰ Art. L. 311-29 à L. 311-31 C. consom.

²⁸¹ Art. L. 311-32 C. consom.

§ 2- L'EXCLUSION LEGALE DE CERTAINES ACTIONS EN RESPONSABILITE, LE CAS DE L'ART. L. 650-1 DU CODE DE COMMERCE

157. L'irresponsabilité de principe des créanciers octroyant des crédits aux débiteurs en difficulté (A) n'écarte pas totalement les possibilités de poursuites (B).

A- UNE IRRESPONSABILITE DE PRINCIPE DES CREANCIERS

158. En vue de promouvoir l'octroi de crédit aux entreprises en difficulté, la loi du 26 juillet 2005 a clairement exclu certaines hypothèses de poursuites contre les créanciers. Il est vrai que la construction prétorienne du régime juridique de l'action en responsabilité liée au contexte des procédures collectives (évoquée plus haut), avait abouti à enfermer cette action dans un cadre restreint. Mais le gouvernement a considéré que l'insécurité juridique²⁸² résultant du soutien abusif « conduit très souvent les créanciers à limiter ou refuser des concours financiers aux entreprises en difficultés, au détriment du maintien de l'activité économique et de la préservation de l'emploi. »²⁸³ L'intervention du législateur en la matière est louable, car outre qu'elle promeut le financement des entreprises à une période où elles en

²⁸² En effet, si la Cour de cassation avait défini un régime raisonnable de responsabilité, certaines juridictions du fond semblaient admettre assez facilement les actions pour soutien abusif. A titre d'exemple, un arrêt de la Cour d'appel de Paris (CA Paris, 26 nov. 2002, RTD com. 2005. 348) qui condamnait le pool bancaire ayant accordé un crédit, suite aux demandes du liquidateur et de la caution. L'arrêt a été cassé au motif que : « Violé l'article 1382 du code civil la Cour d'appel qui, pour dire qu'un pool bancaire a commis une faute en octroyant des concours à une société retient que la ville où devait être implanté le restaurant gastronomique exploité par l'emprunteuse n'est pas réputée ni sur le plan national ni sur le plan international pour être fréquentée par les touristes et hommes d'affaires fortunés de sorte que le projet était parfaitement irréaliste et que les banques ont financé un projet manifestement non viable dès le départ... » (Com. 12 juill. 2005, BNP Paribas c/ Souchon, n° 0311089).

²⁸³ Observations du gouvernement sur les recours dirigés contre la loi de sauvegarde des entreprises, JO n° 173 du 27 juillet 2005, p. 12231.

ont cruellement besoin, elle codifie un régime de responsabilité, dont les subtilités jurisprudentielles n'étaient pas forcément connues, dans les moindres détails, de tous les acteurs du secteur du crédit. Ce faisant, le texte devrait apporter davantage de prévisibilité juridique aux destinataires des règles, en même temps qu'il donne une meilleure lisibilité interne et internationale du droit français de la responsabilité des établissements de crédit. La loi est codifiée à l'art. L. 650-1 C. com²⁸⁴. Elle a été modifiée par l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008, laquelle est entrée en vigueur en février 2009. D'après le texte, « lorsqu'une procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire est ouverte, les créanciers ne peuvent être tenus pour responsables des préjudices subis du fait des concours consentis, sauf les cas de fraude, d'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur ou si les garanties prises en contrepartie de ces concours sont disproportionnées à ceux-ci. Pour le cas où la responsabilité d'un créancier est reconnue, les garanties prises en contrepartie de ses concours peuvent être annulées ou réduites par le juge. ».

159. D. LEGEAIS note à propos de cette loi que « la réforme révèle une volonté de diminuer le contentieux relatif au soutien abusif de crédit. En décourageant les organes de la procédure d'engager des actions en responsabilité, le législateur entend favoriser les concours bancaires aux entreprises en difficulté et par là même, satisfaire l'objectif de prévention et de redressement qui anime la nouvelle législation. »²⁸⁵. Le but du législateur est donc d'entraver significativement la voie des procès intentés essentiellement par les organes de la procédure contre les banques, principaux bailleurs de fonds des entreprises. Ce « cantonnement de la responsabilité pour soutien abusif »²⁸⁶ considéré par un parlementaire comme un « cadeau de l'Etat au système bancaire »²⁸⁷, conduit dorénavant à exclure les poursuites antérieurement fondées sur la faute de la banque dans l'octroi du crédit à une entreprise en difficulté. L'évolution jurisprudentielle de la responsabilité du banquier envers les créanciers du crédit est ainsi remise en cause. Les établissements de crédit ne peuvent désormais être poursuivis que dans des hypothèses limitativement énumérées par la loi. Il s'agit d'une mesure radicale qui vise à réduire considérablement le contentieux fondé sur le soutien abusif ou le maintien artificiel d'activité. « Le législateur a ainsi choisi de mettre à néant cette jurisprudence et de

²⁸⁴ Cette disposition validée par le conseil constitutionnel (Cons. Const., n° 2005-522 du 22 juill. 2005) s'applique aux seules procédures ouvertes après le 1^{er} janvier 2006, date d'entrée en vigueur de la loi du 26 juillet 2005 ; en sens : Com. 8 janv. 2008, n° 05-17.936.

²⁸⁵ D. Legeais, RTD com. 2005. 818.

²⁸⁶ R. Routier, Gaz. Pal. 2005. Doctr. 3012.

²⁸⁷ M. Arnaud Montebourg lors de la première séance à l'assemblée nationale le 9 mars 2005. JO AN du 10 mars 2005, spéc. 1840 et s.

consacrer une quasi irresponsabilité des créanciers fournissant du crédit. »²⁸⁸. La discussion portant sur la connaissance qu'avait la banque, avant l'octroi du crédit, de la situation irrémédiablement compromise de l'entreprise n'ayant en principe plus désormais lieu d'être. La loi pose en effet une règle générale qui exonère les créanciers de toute responsabilité civile ou pénale, ce qui explique qu'elle ait suscité un vif débat portant sur la constitutionnalité du texte. L'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789²⁸⁹, de même que le principe de responsabilité, principe considéré comme constitutionnel²⁹⁰ ont notamment été invoqués contre l'adoption d'une telle disposition. Saisi, le Conseil constitutionnel a tranché, en rejetant les recours tendant à remettre en cause la constitutionnalité de cette disposition. Le Conseil a en effet considéré que « les dispositions contestées ne portent pas d'atteinte au droit des personnes intéressées d'exercer un recours effectif devant une juridiction (et) que doit être dès lors écarté le grief tiré de la violation de l'article 16 (de la Déclaration de 1789 relative au droit au recours). ».

En ce qui concerne l'argument fondé sur l'irresponsabilité des créanciers, le Conseil constitutionnel a décidé que « si la faculté d'agir en responsabilité met en œuvre l'exigence constitutionnelle posée par les dispositions de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 (...), cette exigence ne fait pas obstacle à ce que, en certaines matières, pour un motif d'intérêt général, le législateur aménage les conditions dans lesquelles la responsabilité peut être engagée. ». L'art. L. 650-1 C. com. ne supprime donc pas la responsabilité des créanciers, mais vise à l'aménager, dans un but d'intérêt général. La question de la constitutionnalité évacuée, il n'est toutefois pas exclu que le débat rejaillisse sur le terrain de la conventionalité. R. ROUTIER soutient ainsi que « la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 peut en effet aussi être un ressort de la responsabilité civile²⁹¹. Or, au regard "de la protection des droits et libertés d'autrui"²⁹², la conventionalité du cantonnement de la responsabilité du banquier est loin d'être acquise. »²⁹³.

²⁸⁸ D. Legeais, Les concours consentis à une entreprise en difficulté (C. com., art. L. 650-1), JCP E 2005, n° 1510.

²⁸⁹ D'après cette disposition, « toute société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution. »

²⁹⁰ J. Carbonnier, Droit civil, introduction, PUF, coll. Thémis, 23^e éd., 1995, spéc. n° 124. L'auteur admet qu'il puisse y avoir « quelque chose de constitutionnel dans l'article 1382 ».

²⁹¹ O. Lucas, La convention européenne des droits de l'homme et les fondements de la responsabilité civile, JCP 2002. I. 111.

²⁹² Articles 8, 9 et 11 de la CEDH. Adde : articles 10 et 17.

²⁹³ R. Routier, Gaz. pal. 2005. Doctr. 3012.

160. Au-delà de ces débats portant sur la conformité du texte aux normes supérieures, le principe posé par l'art. L. 650-1 C. com. traduit clairement la volonté législative de protéger les banques de certaines poursuites dans le cadre de leur activité de crédit, dont on doit reconnaître qu'elle est particulièrement risquée²⁹⁴, surtout lorsqu'il s'agit de prêter à des entreprises en difficultés. Ces dernières peuvent trouver dans le crédit l'unique bouée de sauvetage en pareille situation, ce qui est de nature à permettre de maintenir à la fois l'activité et l'emploi, objectif d'intérêt général visé par le législateur. Un aménagement de la responsabilité du dispensateur du crédit dans le cadre des procédures collectives semble donc compréhensible de ce point de vue. L'intérêt général l'emportant sur les intérêts particuliers des organes de la procédure.

161. Dans la logique des concepteurs du texte, la règle posée par l'art. L. 650-1 C. com. devrait en principe réduire très sensiblement le contentieux du crédit aux entreprises en difficultés. L'objectif législatif de réduction du contentieux est explicite dans ce cas, mais le nouveau texte ne supprime pas totalement les possibilités de discussion.

B- LES INTERROGATIONS LIEES A L'ART. L. 650-1 C. com.

162. Si la loi du 26 juillet 2005 pose un principe d'irresponsabilité des créanciers dans les hypothèses qu'elle cite, le débat pourrait désormais porter sur l'interprétation des notions de fraude, d'immixtion caractérisée ou surtout de garanties disproportionnées. D. ROBINE note à ce propos que « les exceptions au principe de non-responsabilité posées par ce texte sont en effet entourées de nombreuses incertitudes qui risquent, au contraire, de relancer le contentieux. »²⁹⁵. Pour cet auteur, « l'article L. 650-1 s'avérerait alors être, au mieux, pour les

²⁹⁴ En effet, les banques pouvaient être poursuivies autant pour rupture abusive de crédit à un débiteur en difficulté en cas de cessation des concours financiers, que pour maintien artificiel de l'activité de ces derniers au cas où ils maintenaient ces concours. On comprend ainsi que le législateur soit intervenu dans le cadre de l'art. L. 313-12 CMF pour régir les conditions de la responsabilité des établissements de crédit dans le cadre des concours à durée indéterminée consentis aux entreprises. Cette disposition a en effet précisé les conditions dans lesquelles un établissement de crédit pouvait mettre fin à ses concours en prévoyant la nécessité d'observer un délai de préavis, sauf en cas de comportement gravement répréhensible ou de situation irrémédiablement compromise du bénéficiaire de crédit. Le texte précise en outre que « dans le respect des dispositions légales applicables, l'établissement de crédit fournit, sur demande de l'entreprise concernée, les raisons de cette réduction ou interruption, qui ne peuvent être demandées par un tiers, ni lui être communiquées. L'établissement de crédit ne peut être tenu pour responsable des préjudices financiers éventuellement subis par d'autres créanciers du fait du maintien de son engagement durant ce délai. »

²⁹⁵ D. Robine, L'article L. 650-1 du code de commerce : un « cadeau » empoisonné ? D. 2006. Chron. 69.

fournisseurs de concours, un cadeau empoisonné. ». Il va sans dire qu'en essayant de fermer la porte au contentieux général des poursuites pour soutien abusif, la loi risque d'ouvrir la fenêtre à un contentieux particulier se fondant sur l'appréciation des notions de fraude, d'immixtion caractérisée ou de garanties disproportionnées. En ce sens, D. LEGEAIS soutient que « le pouvoir du juge peut s'avérer important dans l'appréciation de l'immixtion. Pour retenir la responsabilité de la banque, il n'est pas exclu que certains juges du fond adoptent une conception large de cette notion. ».

S'agissant de la fraude, cet auteur affirme que « le concept de fraude est nécessairement assez flou. Aussi, au gré des circonstances de fait, il n'est pas exclu que certains juges adoptent une conception large afin de pouvoir sanctionner des établissements de crédit ayant octroyé des concours à une entreprise dont la situation irrémédiablement compromise ne fait pas de doute ou par des moyens illicites tels des effets de complaisance, voire des moyens ruineux. Les juges auront ainsi un rôle considérable. »²⁹⁶

163. Il a en outre été soutenu que « c'est cependant le troisième tempérament qui constitue la menace la plus sérieuse pour les établissements de crédit. La responsabilité est encourue lorsque les garanties obtenues sont disproportionnées par rapport aux concours consentis. La lecture des travaux préparatoires montre que dans l'esprit du législateur, le texte ne vise qu'à sanctionner les créanciers qui ont des pratiques inhabituelles en la matière. Cependant la rédaction du texte lui confère une portée beaucoup plus générale. Une arme redoutable est ainsi entre les mains du juge. Il s'agit d'une menace à la portée imprévisible car l'appréciation de la disproportion – qui n'a pas à être manifeste – s'avèrera souvent un exercice délicat. »²⁹⁷. Toutes ces considérations ont conduit à dire que le texte, adopté « sans grande réflexion préalable et avec excès de précipitation (...) est assurément source d'insécurité juridique. Son influence sur la pratique du crédit dépendra de l'interprétation qui sera consacrée. »²⁹⁸.

164. Le contentieux de la responsabilité des banques envers les tiers ayant subi un préjudice du fait de l'octroi du crédit pourrait donc désormais s'abreuver à la source des tempéraments prévus par la loi. En effet, le régime de cette action en responsabilité avait considérablement été encadré par l'évolution jurisprudentielle évoquée plus haut, la Cour de

²⁹⁶ D. Legeais, JCP E préc. n° 1510.

²⁹⁷ D. Legeais, RTD com. préc. 818.

²⁹⁸ D. Legeais, JCP E préc., n° 210.

cassation²⁹⁹ assurant ainsi une certaine sécurité aux établissements de crédit. La nouvelle loi semble donc de nature à ouvrir les vannes d'un contentieux qui avaient été sensiblement fermées par la jurisprudence. D. LEGEAIS affirme ainsi qu'« il n'est pas certain que le nouvel article confère une telle sécurité aux établissements de crédit. Ainsi, la Cour de cassation ne sanctionnait pas nécessairement la prise de garanties excessives. Le nouveau texte le permettra assez facilement. Pour prévenir un tel risque, les créanciers ont tout intérêt à limiter le montant de leurs crédits. Mais la loi risque alors de manquer son but. »³⁰⁰.

165. Il est vrai que le principe d'une irresponsabilité absolue des banques dans l'octroi des crédits aux entreprises en difficulté ne paraît ni constitutionnellement ni conventionnellement envisageable, mais les tempéraments légaux relatifs à la mise en jeu de cette responsabilité risquent d'ouvrir la voie à un contentieux nouveau contre les établissements de crédit. L'évolution jurisprudentielle antérieure à la loi semblait certes au final assurer une certaine sécurité aux établissements de crédit, mais elle paraissait avoir pour inconvénient de les conduire à une plus grande prudence dans l'octroi des crédits aux entreprises en difficulté. Cette prudence était compréhensible, car la position de certains juges du fond n'était pas toujours conforme aux restrictions posées par la Cour de cassation quant au régime de l'action en responsabilité. On comprend ainsi que la volonté de favoriser le financement des entreprises à un moment où elles en ont cruellement besoin ait conduit le législateur à adopter une solution qui, tout en promouvant ce financement, et en protégeant les établissements de crédit, est de nature à générer un contentieux non prévu. Toutefois, le double objectif de soutenir les entreprises en difficulté, et celui de protéger des établissements de crédit assurant leur financement ne doit pas faire perdre de vue la nécessité pour les créanciers de l'entreprise de faire valoir leurs droits, dans certains cas limités où ils auraient subi un préjudice découlant des concours bancaires. Ces considérations conduisent à penser que la solution issue de l'art. L. 650-1 C. com. n'est pas la moins bonne, bien qu'elle soit susceptible d'être améliorée, ce qui a été entrepris, par l'art. 129 de l'ordonnance du 18 décembre 2008. Il n'est pas exclu qu'au vu des critiques doctrinales et de l'évaluation pratique du texte, le législateur intervienne de nouveau afin d'apporter des améliorations supplémentaires à la loi.

²⁹⁹ Plus récemment, Com. 22 mars 2005, RTD com. 2005. 405, obs. D. L. Les arrêts cités illustrent la volonté qu'avait la Cour de cassation, de ne retenir la responsabilité des banques que dans des cas biens limités.

³⁰⁰ D. Legeais, préc. p. 818.

166. Dans tous les cas, les intérêts de l'entreprise en difficulté, de ses créanciers et des établissements crédit pourvoyeurs de fonds peuvent s'avérer dans certaines situations non convergents. Il peut donc sembler nécessaire au législateur de faire un choix, en fonction de la politique de l'Etat à un moment donné. L'essentiel est de protéger efficacement des catégories de contractants par des dispositions précises, tout en désengorgeant les juridictions d'un contentieux évitable, qui contribue à allonger la durée des procédures judiciaires³⁰¹. Il est toujours souhaitable, particulièrement dans un système romano germanique, que ce soit la loi (et non la jurisprudence) qui précise les régimes de responsabilité, afin d'éviter de laisser libre cours aux divergences jurisprudentielles, lesquelles font naître des risques d'insécurité juridique. Ce qui importe c'est que la loi soit suffisamment précise, le risque zéro contentieux en matière de responsabilité ne semblant pas possible. L'immunité³⁰² totale de certains justiciables n'est en effet pas constitutionnellement envisageable. Il appartiendra donc aux juges d'interpréter les tempéraments législatifs à l'art. 650-1 C. com. dans le sens d'une prise en compte des intérêts des parties, mais aussi de la volonté du législateur.

167. Dans le cadre de l'art. L. 650-1 C. com., l'objectif de réduction substantielle du contentieux est clairement voulu par le législateur. Cet objectif est également celui auquel aboutit le formalisme du cautionnement issu de la loi du 1^{er} août 2003. Mais dans ce dernier cas, la réduction du contentieux est seulement un résultat atteint par la loi, le but avoué du législateur étant tout autre.

Section 2 : LE FORMALISME NOUVEAU DU CAUTIONNEMENT

168. La nouvelle législation du formalisme du cautionnement (§ 1) laisse subsister des possibilités de discussion (§ 2).

³⁰¹ Cela conduit parfois les requérants à saisir la CEDH. Pour un exemple récent de condamnation de la France dans une affaire liée à la faillite d'une banque (BCCI : Bank of credit and commerce international) : CEDH, 29 octobre 2009, Kalfon c/ France, n° 23776/07. Dans cette affaire, la Cour européenne a jugé excessive la durée de la procédure (9 ans) ayant permis à la requérante de récupérer les sommes perdues à la suite de la faillite de la BCCI.

³⁰² On sait par exemple que l'immunité du Président de la République prévue par l'art. 67 de la constitution est temporaire, car expirant un mois suivant la cessation des fonctions. Elle est par ailleurs soumise à certaines conditions.

§ 1- LE CARACTERE STRICT DU CADRE LEGAL

169. Le cautionnement occupe une place importante dans le cadre de l'activité bancaire. Cette sûreté est couramment utilisée pour garantir le crédit. La matière a pendant plusieurs années fait l'objet d'un abondant contentieux devant la Cour de cassation³⁰³, portant notamment sur le formalisme. Il s'agissait donc d'une source de litiges, que l'intervention législative du 1^{er} août 2003 contribuera sur ce point à réduire considérablement. P. ANCEL relève à cet égard que « pendant près de 15 ans, c'est la question (du formalisme) qui a soulevé le plus de contentieux en matière de cautionnement, au moins devant la Cour de cassation [sur la seule période 1986-1995 (il avait) recensé 351 arrêts sur un total de 1011 décisions rendues en matière de cautionnement par la Cour suprême]. Incontestablement, cette floraison d'arrêts a été provoquée par la position adoptée, entre 1987 et 1989, par la première chambre civile de la Cour de cassation, qui avait transformé l'exigence probatoire de l'article 1326 du code civil en une condition de validité du cautionnement, rattachée à l'idée de protection de la caution. Depuis 1989, avec bien de vicissitudes, la Cour de cassation est, dans la formulation de ses arrêts, revenue à une conception probatoire de la mention manuscrite exigée par le texte. ».³⁰⁴

170. On peut par ailleurs relever que l'intervention législative en matière de formalisme devant régir le cautionnement est une préoccupation bien antérieure à la loi de 2003. Conscient des difficultés suscitées par cette question, le législateur était déjà intervenu dans le cadre de certaines dispositions de la loi Neiertz du 31 décembre 1989 pour poser des règles formelles régissant les cautionnements donnés par les personnes physiques en matière de crédit à la consommation ou de crédit immobilier relevant du code de la consommation. Ces dispositions ont été codifiées aux articles L. 313-7 et L. 313-8 C. consom. En effet, bien que le cautionnement soit traditionnellement considéré comme un contrat consensuel, les règles du code de la consommation avaient mis en place des exigences formelles reposant sur une mention manuscrite exigée *ad validitatem*. Ces règles ont conduit à réduire le contentieux

³⁰³ Pour un exposé détaillé de l'évolution jurisprudentielle sur cette matière, v. I. Tricot-Chamard, JCP 2004. I. 112.

³⁰⁴ P. ANCEL, Droit des sûretés, Litec, 5^e éd. 2008, p. 68. V. également P. ANCEL, Cautionnement et autres garanties personnelles, état du droit français, juin 1996. Etude réalisée pour le compte du ministère de la justice, spéc. p. 23.

du formalisme en matière de cautionnement. On dénombre en effet sur Legifrance 19 arrêts relatifs à l'application des art. L. 313-7 C. consom. ou L. 313- 8 C. consom. au 4 septembre 2010. La réforme du 1^{er} août 2003 a étendu le formalisme à tous les cautionnements donnés par des personnes physiques par acte sous seing privé au bénéfice d'un créancier professionnel. Le champ d'application de cette loi est donc beaucoup plus large.

171. La loi du 1^{er} août 2003 dite « loi Dutreil » a donc révolutionné le formalisme du cautionnement. Du fait de l'entrée en vigueur de cette loi, les solutions posées par la jurisprudence ne s'appliquent désormais que de façon résiduelle. En effet, ces solutions ne sont applicables qu'aux cautionnements donnés par les personnes morales (non commerçantes), aux cautionnements donnés au profit des créanciers non professionnels, ainsi qu'à ceux consentis avant le 6 février 2004. La nouvelle loi a en effet institué des règles nouvelles en la matière, en mettant en place un formalisme légal strict en matière de cautionnement donné par les personnes physiques, lequel se substitue au formalisme jurisprudentiel antérieur. Ainsi, conformément à l'art. L. 341-2 C. consom., « toute personne physique qui s'engage par acte sous seing privé en qualité de caution envers un créancier professionnel doit, à peine de nullité de son engagement, faire précéder sa signature de la mention manuscrite suivante, et uniquement de celle-ci : "En me portant caution de X..., dans la limite de la somme de... couvrant le paiement du principal, des intérêts et, le cas échéant, des pénalités ou intérêts de retard et pour la durée de..., je m'engage à rembourser au prêteur les sommes dues sur mes revenus et mes biens si X... n'y satisfait pas lui-même". ».

Quant à l'art. L. 341-3 C. consom., il s'applique au cautionnement solidaire et pose la règle suivante : « Lorsque le créancier professionnel demande un cautionnement solidaire, la personne physique qui se porte caution doit, à peine de nullité de son engagement, faire précéder sa signature de la mention manuscrite suivante : "En renonçant au bénéfice de discussion défini à l'article 2298 du code civil et en m'obligeant solidairement avec X..., je m'engage à rembourser le créancier sans pouvoir exiger qu'il poursuive préalablement X..." ».

172. Ces deux textes posent un cadre strict du formalisme du cautionnement qui laisse peu de place à la discussion. La formulation de ces textes a d'ores et déjà une incidence directe sur le contentieux. En effet, la législation ne laisse en principe aucun pouvoir d'appréciation au juge, ce qui a pour conséquence de réduire le contentieux relatif au formalisme du cautionnement. On rappellera que le cautionnement était traditionnellement considéré comme

un contrat consensuel, qui n'était soumis pour sa validité à aucune condition de forme. L'art. 2292 (ex art. 2015) exigeait simplement que le cautionnement soit « exprès ». Mais de 1987 à 1989, la Cour de cassation par une combinaison des articles 1326 C. civ. et 2292 C. civ. (ancien art. 2015 C. civ.), avait transformé l'art. 1326 C. civ. en règle de validité du cautionnement. Or, cette disposition était habituellement considérée comme une règle de preuve. Dès 1989, la Haute juridiction est revenue à la position traditionnelle. Le cautionnement ne comportant pas la mention manuscrite n'était pas nul. L'acte irrégulier pouvait constituer un commencement de preuve par écrit susceptible d'être complété par d'autres éléments permettant d'établir que la caution a consenti en toute connaissance de cause. Le pouvoir d'appréciation du juge en la matière était donc important.

173. Les nouvelles dispositions issues de la loi du 1^{er} août 2003 privent en principe le juge de tout pouvoir d'appréciation. Seule la mention prévue par le texte est exigée pour la validité de l'acte, d'où l'utilisation de l'adverbe « uniquement » par l'art. L. 341-2 C. consom. Il n'est donc pas permis aux parties de prévoir une formulation différente de celle visée par la loi. Cette mention est requise sous peine de nullité du contrat de cautionnement. Les termes employés par le législateur ne permettent en effet pas de discuter du contenu du texte devant figurer dans le contrat de cautionnement. Le contentieux portant sur le formalisme devrait par conséquent s'en trouver réduit voire supprimé après la loi du 1^{er} août 2003. En effet, dans les hypothèses d'inobservation du formalisme, les chances de succès d'une action visant à remettre en cause la solution légale devant un juge seront en principe nulles. Il s'agit de cas de « nullités automatiques », dans lesquels « la nullité sanctionne (...) la violation d'une règle sans que le juge ait un quelconque pouvoir d'appréciation sur les conditions de la nullité ; la seule violation de la règle entraîne automatiquement le prononcé de la sanction, sans aucune modulation possible. »³⁰⁵. Par conséquent, on peut logiquement penser que les parties seront dissuadées de contester les éventuels manquements à la règle. C'est ainsi qu'on dénombre depuis l'entrée en vigueur de cette loi très peu de décisions portant sur l'application des art. L. 341-2 et L. 341-3 C. consom. Au 4 septembre 2010, une consultation du site Legifrance permet d'affirmer que la Cour de cassation n'a rendu que cinq arrêts relatifs à l'application de l'art. L. 341-2 C. consom³⁰⁶. Deux de ces arrêts sont relatifs aux cautionnements garantissant des crédits bancaires³⁰⁷.

³⁰⁵ C. Ouerdane-Aubert de Vincelles, préc. n° 215.

³⁰⁶ Com. 3 nov. 2009, n° 08-19. 340, inédit. Com. 28 avril 2009, n° 08-11. 616 publié au bulletin. Com. 8 juin 2010, 09-13. 077, inédit. Civ. 1^{re}, 25 juin 2009, 07- 21. 506, Civ. 1^{re}, 9 juillet 2009, 08-15. 910, publié au bulletin.

³⁰⁷ Com. 8 juin 2010, 09-13. 077, inédit. Com. 28 avril 2009, 08-11. 616, publié au bulletin.

A la même date, la Haute juridiction a rendu trois arrêts mentionnant l'art. L. 341-3 C. consom³⁰⁸. Un seul de ces arrêts est en lien avec le cautionnement donné à une banque³⁰⁹.

Parmi les 9 arrêts des cours d'appel recensés sur Legifrance et portant sur ces textes, 6 sont relatifs au formalisme en matière de cautionnements donnés par les personnes physiques au profit de créanciers professionnels, en l'espèce les établissements de crédit. 3 de ces arrêts déclarent les art. L. 341-2 et L. 341-3 inapplicables, du fait de la non-rétroactivité des textes. En revanche, l'arrêt de la chambre commerciale de la Cour d'appel d'Orléans du 8 février 2007 sanctionne de nullité un cautionnement conclu après l'entrée en vigueur de la loi. Il ressort en effet de cet arrêt que l'insuffisance de la mention manuscrite de la caution personne physique qui s'est engagée par acte sous seing privé envers un créancier professionnel, qu'elle soit avertie ou profane, est sanctionnée par l'annulation du cautionnement, sans que le juge puisse apprécier la gravité ou la portée du manquement constaté. On peut donc penser que le dispositif mis en place par le législateur a un impact certes non prévu par le législateur, qui aboutit à faire baisser voire à supprimer le contentieux du formalisme, en privant le juge de tout pouvoir d'appréciation, notamment par des règles précises réduisant voire supprimant les espaces de discussion. Le créancier professionnel ayant omis de faire respecter par la caution le formalisme légal n'aura aucun argument à faire valoir, et sera donc amené à s'abstenir de toute procédure contentieuse. En ce sens, un auteur relève que « la mention manuscrite exigée à peine de nullité par la loi sur l'initiative économique, même si elle ne requiert pas la double inscription en lettres et en chiffres de la somme garantie, anéantit près de vingt ans d'évolution jurisprudentielle. »³¹⁰.

174. La loi n° 2003-721 du 1^{er} août 2003 sur l'initiative économique a ainsi apporté du renouveau au formalisme du cautionnement, en instituant des exigences formelles devant s'appliquer à tous les cautionnements donnés par des personnes physiques au profit de créanciers professionnels (et notamment des établissements de crédit). Elles établissent des règles claires et précises régissant le formalisme du cautionnement³¹¹. Le texte de 2003 a donc

³⁰⁸ Com. 6 juillet 2010, 08-21. 760 publié au bulletin. Com. 8 juin 2010, 09-13. 077, inédit. Civ. 1^{re}, 9 juillet 2009, 08-15. 910, publié au bulletin.

³⁰⁹ Com. 8 juin 2010, 09- 13. 077, inédit.

³¹⁰ D. Houtcieff, Les dispositions applicables au cautionnement issues de la loi pour l'initiative économique : JCP G 2003, I, 161, p. 1613.

³¹¹ La loi d'août 2003 contient aussi des dispositions relatives à la proportionnalité de l'engagement de la caution (L. 341-4) et à l'information de cette dernière (L. 341-6). Ces dispositions devraient conduire les banques à être davantage prudentes lorsqu'elles concluent des contrats de cautionnement avec les personnes physiques, puisqu'elles devront s'assurer de la proportion entre le montant de l'engagement de la personne physique et ses biens et revenus, sous peine de perdre simplement le bénéfice de ce contrat de cautionnement. La loi prévoit en effet la déchéance dans ce cas. Il s'agit donc d'un dispositif visant à renforcer la protection de la caution personne physique et à éviter les risques de contentieux entre une banque et une caution dont l'engagement était

une portée large. En effet, puisqu'il régit les cautionnements donnés par des personnes physiques, il devrait alors inclure les dirigeants sociaux garantissant les dettes de leurs entreprises.

On peut certes regretter cette codification dans la mesure où elle inscrit dans le code de la consommation des règles concernant également les professionnels. S. PIEDELIEVRE parle à ce propos d'« une méthode législative discutable et de dispositions mal rédigées (...) ». L'auteur soutient qu'« il existe déjà dans (le code de la consommation) une réglementation de certains cautionnements donnés par des personnes physiques garantissant un crédit à la consommation ou un crédit immobilier qui figure aux articles L. 313-7 et suivants. Il est peu opportun qu'un même code connaisse deux réglementations assez proches d'un même contrat, avec d'ailleurs certains articles rédigés de manière identique. Ce nouveau statut aurait dû logiquement figurer dans le code civil, qui comporte d'ailleurs déjà certaines dispositions spécifiques aux cautions personnes physiques... »³¹². Il est tout de même possible de louer les efforts du législateur en faveur d'une clarification du formalisme en matière de cautionnement, par la mise en place de règles précises, lesquelles devraient permettre de réduire sensiblement le contentieux portant sur cette matière.

175. La nouvelle législation sur le cautionnement ouvre toutefois quelques espaces de discussion, qui peuvent générer du contentieux.

§ 2- DE NOUVEAUX ESPACES POSSIBLES DE CONTENTIEUX EN MATIERE DE CAUTIONNEMENT

176. La réforme du cautionnement par la loi du 1^{er} août 2003 ne tarit pas entièrement les sources de discussion portant sur cette matière. Ainsi, l'observation de certaines décisions

manifestement disproportionné. Une bonne appréciation par les banques des capacités de remboursement des cautions au moment où elles s'engagent limite les risques de contentieux ultérieur entre banques et cautions. En effet, au vu des conséquences de cette disposition, les banques seront plus enclines à refuser les cautionnements de personnes physiques dont les biens et revenus sont « manifestement disproportionnés » par rapport au montant de la dette. Il s'agit donc d'un gage de prévention du contentieux. Cette exigence de contrôle de proportionnalité de l'engagement de la caution n'est pas nouvelle, puisqu'elle existait déjà dans la loi du 31 décembre 1989 codifiée à l'art. L. 313-10 du code de la consommation. Mais le texte nouveau a un champ d'application plus large, car il s'applique à « un créancier professionnel » alors que l'art. L. 313-10 mentionnait « un établissement de crédit ». En outre, l'art. L. 341-4 s'applique à tous les cautionnements conclus par des personnes physiques, alors que l'art. L. 313-10 ne concerne que les cautionnements des opérations de crédit régies par le code de la consommation.

³¹² S. Piedelièvre, La réforme de certains cautionnements par la loi du 1^{er} août 2003, Defrénois 2003. 1371.

juridictionnelles portant sur la question du formalisme (notamment s'agissant de l'application de l'art. L. 313-7 C. consom.) peut conduire à s'interroger sur le point de savoir si la nullité prévue par les art. L. 341-2 et L. 341-3 C. consom. est encourue de plein droit. L'application de l'art. L. 313-7 C. consom. (texte repris par l'art. L. 341-2 C. consom.) a en effet fait l'objet de décisions contradictoires devant les juridictions. Ainsi, d'après un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation³¹³, « l'omission de la conjonction de coordination 'et' entre, d'une part, la formule définissant le montant et la teneur de l'engagement, d'autre part, celle relative à la durée de celui-ci, n'affecte ni le sens, ni la portée de la mention manuscrite prescrite par l'art. L. 313-7 du code de la consommation ; que, dès lors, c'est à bon droit que la cour d'appel a décidé que la sanction édictée par ce texte n'était pas encourue. ».

177. Une cour d'appel³¹⁴ a quant à elle jugé qu'en cas d'insuffisance de la mention, la nullité est encourue sans qu'aucun pouvoir d'appréciation soit reconnu aux juges. De même, la 3^{ème} chambre civile de la Haute juridiction³¹⁵, a cassé l'arrêt d'une cour d'appel qui considérait que la nullité en cas d'inobservation du formalisme était subordonnée à la preuve par le demandeur de l'existence d'un grief. L'arrêt de la Cour de cassation décide qu'« en statuant ainsi, alors que les formalités édictées par l'article 22-1 de la loi du 6 juillet 1989 sont prescrites à peine de nullité du cautionnement sans qu'il soit nécessaire d'établir l'exigence d'un grief, la cour d'appel a violé le texte susvisé... ». Il est à noter qu'en l'espèce, le litige ne portait pas sur un cautionnement bancaire.

Comme on le voit, la Cour de cassation a eu sur la question du formalisme des décisions divergentes, source d'insécurité juridique pour les plaideurs. Par conséquent, il est possible à la lecture de ces décisions de s'interroger sur le point de savoir si l'application des dispositions issues de la loi du 1^{er} août 2003 se fera conformément à la position de la première Chambre civile ou à celle de la 3^{ème} Chambre civile de la Haute juridiction.

178. En principe, la lettre de ces textes enlève au juge tout pouvoir d'appréciation. Le non respect de la formule posée par le législateur devrait entraîner la nullité automatique du contrat de cautionnement. La formulation stricte de ces textes, de même que l'objectif législatif clairement affiché de protection de la caution militent pour cette solution. Les termes utilisés par le législateur sont en effet suffisamment révélateurs d'une volonté d'éviter des discussions quant à l'application de ces dispositions. En employant les termes « ...doit à peine

³¹³ Civ. 1^{re}, 9 nov. 2004, pourvoi n° 02-17028 : Bull. civ. I, n° 254.

³¹⁴ CA Lyon, 21 juin 1995 : JCP 1997. I. 3991, p. 23, obs. Simler et Delebecque.

³¹⁵ Civ. 3^e, 8 mars 2006, pourvoi n° 05-11042.

de nullité de son engagement faire précéder sa signature de la mention manuscrite suivante, et uniquement de celle-ci (...) », le législateur a entendu montrer le caractère clair et strict de la règle. On rejoint ici l'idée émise par J. FLOUR. Empruntant à GENY la formule selon laquelle « le formalisme commence lorsque la loi détermine les modes admissibles d'expression de la volonté, sans équivalent possible, de sorte que si ces prescriptions ne sont pas respectées, la manifestation de volonté est frappée d'inefficacité juridique à un degré quelconque »³¹⁶ ; l'auteur soutient également l'idée suivante : le formalisme implique une forme « impérative, c'est-à-dire imposée, sans équivalent possible, pour donner valeur juridique à la manifestation de volonté. »³¹⁷. Dans cette hypothèse qui ne laisse pas de place à l'interprétation, le juge doit appliquer strictement la loi. En effet, l'édiction de mentions légales précises avec une sanction rigide se substituant à un formalisme jurisprudentiel flexible n'est de nature à réduire le contentieux que si le juge n'a pas de pouvoir d'appréciation. En l'espèce, la volonté de protéger la caution permettra également de mettre fin à l'abondant contentieux antérieur relatif au formalisme du cautionnement. L'objectif législatif de protection de la caution, et le besoin d'une sécurité juridique qui implique de réduire l'abondant contentieux du formalisme ne peuvent être accomplis qu'en privant le juge de son pouvoir d'appréciation. La nullité automatique devrait donc être la solution de principe, si l'on souhaite véritablement protéger la caution, et nécessairement mettre fin à ce contentieux. La nullité profite en effet à la caution. Par ailleurs, une appréciation systématique de l'opportunité d'appliquer ces dispositions par le juge pourrait conduire à réactiver la controverse sur le formalisme du cautionnement, ce qui serait de nature à remettre en cause l'objectif législatif de protection de la caution.

179. Bien que la nullité automatique pour violation d'une règle de forme ait pu être critiquée³¹⁸, la forme déterminant le fond, ce système a pour avantage de permettre de prévenir le contentieux, par le biais d'un formalisme strict. Même s'il n'est pas certain que le recopiage d'une mention légale garantisse un consentement éclairé de la personne protégée, on peut penser qu'au plan psychologique, cette technique contribue tout de même à augmenter les chances d'une prise de conscience de la caution quant à la portée de son engagement. Le système des nullités automatiques peut certes aboutir à des résultats injustes, par exemple dans les cas où malgré l'inobservation du formalisme, il soit possible de prouver

³¹⁶ J. Flour, « Quelques remarques sur l'évolution du formalisme », in *Le droit privé français au milieu du XXe siècle*, Etudes Ripert, LGDJ 1950, t. 1, n° 4, p. 96.

³¹⁷ J. Flour, art. préc., n° 9, p. 101.

³¹⁸ C. Ouerdane-Aubert de Vincelles, préc. n° 217 et s., 225 et s.

que la caution a eu un consentement éclairé, et s'est engagée en connaissance de cause. Le juge ne doit-il pas dans ces cas remettre en cause l'annulation automatique sur le fondement de la bonne foi ? L'inconvénient de cette solution serait de réactiver le contentieux du formalisme, ce qui pourrait remettre en cause la volonté législative de protéger les cautions. Mais le législateur protège-t-il les cautions de mauvaise foi ? Entre deux maux, il faut choisir le moindre. La nullité automatique constitue le moindre mal, si on la compare à l'abondant contentieux pouvant naître d'un formalisme moins strict, à l'image du formalisme jurisprudentiel antérieur à l'intervention législative. Il est certes possible que quelques cautions de mauvaise foi tirent profit du nouveau formalisme, dont l'objectif avoué est de protéger les cautions. Mais il est aussi logique de considérer que le nombre de cautions de bonne foi protégées par ces textes devrait être largement plus important. Par conséquent, le nouveau formalisme assure un double objectif : la protection des cautions et *in fine* la prévention du contentieux.

180. On peut toutefois penser que dans les cas de mauvaise foi manifeste de la caution, ou encore d'illettrisme avéré de cette dernière, le juge pourra hésiter à prononcer la nullité automatique du contrat. Dans ces hypothèses particulières, l'annulation automatique peut sembler injuste, et il est possible de penser que le juge devra baser sa solution non pas sur la forme, mais sur le fond, en se référant au droit commun des nullités. Le besoin impérieux de justice paraît en pareil cas plus fort que les dispositions légales empreintes d'ordre public et prévoyant la nullité automatique.

181. Les premiers arrêts de cours d'appel relatifs à l'application des nouvelles dispositions en matière de formalisme permettent de conclure au respect scrupuleux du formalisme par ces juridictions. C'est en effet dans la logique d'une application stricte des textes que s'inscrivent les deux arrêts de la Cour d'appel d'Orléans sus mentionnés. L'arrêt du 8 février 2007 décide en effet que : « par ces textes (art. L. 341-2 et L. 341-3 C. consom.), le législateur a conditionné désormais la validité des actes de cautionnement souscrit par une personne physique, lorsque le créancier est un professionnel tel un banquier, au respect de formalités de nature à assurer la parfaite information du débiteur de l'obligation ; Que l'insuffisance de la mention manuscrite de la caution personne physique, qu'elle soit avertie ou profane, la loi n'opérant pas de distinction selon cette qualité, est indiscutable en l'espèce, ce d'autant plus que le cautionnement a été donné pour une durée indéterminée, contrairement aux nouvelles dispositions, et doit être sanctionné automatiquement, en vertu des textes

précités, par la nullité du cautionnement, sans que le juge puisse apprécier la gravité ou la portée du manquement constaté ;... ». On en déduit que la nullité encourue en cas de manquement aux dispositions des art. L. 341-2 et L. 341-3 est automatique. Cette décision est d'autant plus significative que la banque demanderesse soutenait que le contrat de cautionnement, bien qu'irrégulier au regard des articles L. 341-2 et L. 341-3 constituait un commencement de preuve par écrit pouvant être complété par d'autres éléments. L'objectif de cette banque était visiblement de revenir à la jurisprudence antérieure de la Cour de cassation. L'arrêt de la même Cour en date du 27 mars 2008 confirme le caractère automatique de l'annulation.

182. Par ailleurs, il y a fort à parier que les acteurs en matière de cautionnement veilleront à une application stricte des dispositions législatives, pour éviter toute discussion ultérieure devant les juges. En effet, la sanction encourue est suffisamment dissuasive, puisqu'elle réside dans la nullité du cautionnement. Il s'agit d'une sanction grave, dans la mesure où elle provoque un anéantissement rétroactif de la convention. La caution se trouverait ainsi libérée de son obligation, ce qui ferait perdre à la banque une garantie importante en cas de défaillance du débiteur. La sanction consistant en la nullité de l'engagement de la caution aussi bien en matière de cautionnement simple que de cautionnement solidaire est donc suffisamment grave, pour inciter les créanciers professionnels au respect scrupuleux de cette règle. Le risque d'être privé de la sûreté garantissant le contrat principal, et celui de perdre la créance en cas de défaillance du débiteur laissent peu de choix au créancier quant à l'application stricte du formalisme du cautionnement.

183. On peut tout de même s'interroger sur la nature de la nullité prévue par la loi de 2003. En effet, la question de la nature de la nullité semble discutable, et pourrait ouvrir la voie à un contentieux portant sur cette question. Un auteur a fait remarquer à propos de l'art. L. 313-7 C. consom. que « si le dispositif est assurément d'ordre public, il y a du moins lieu d'admettre qu'il s'agit d'un ordre public de protection, dont seule la caution peut se prévaloir et auquel elle peut renoncer *a posteriori*, en confirmant un engagement irrégulier, notamment en l'exécutant en connaissance de cause »³¹⁹. La position de la jurisprudence sur cette question

³¹⁹ Ph. Simler, Cautionnement et garanties autonomes, Litec, 3^e éd., n° 259.

ne semble pas fixée³²⁰. S. PIEDELIEVRE³²¹ relève que « malgré tout, la loi du 1^{er} août 2003 intéresse également l'ordre public économique, ce qui n'est pas le cas du cautionnement des crédits à la consommation ou des crédits immobiliers. Le caractère absolu n'est pas à exclure ici. ». Mais la volonté législative affichée de protéger la caution milite en faveur de l'ordre public de protection. Il va sans dire que le régime devrait être celui des nullités relatives.

184. Le législateur a également prévu des dispositions dans la loi du 1^{er} août 2003, en vue d'encadrer davantage le cautionnement solidaire. L'art. L. 341-3 C. consom. pose ainsi l'exigence d'une mention manuscrite à peine de nullité de l'engagement de la caution. La loi ne semble pas distinguer entre le cautionnement donné par acte sous seing privé et celui donné par acte authentique. La question a fait l'objet de discussions devant les tribunaux.

La Cour de cassation³²² avait toutefois eu à préciser que les articles L. 313-7 et L. 313-8 C. consom. sont seulement applicables aux cautionnements consentis par acte sous seing privé. L'art. L. 341-3 C. consom. reprend en effet le texte de l'art. L. 313-8 C. consom. et sanctionne de nullité l'engagement consenti en violation de cette disposition. Malgré l'absence de précision législative, on pouvait logiquement penser que cette jurisprudence devait s'appliquer par analogie, s'agissant de l'art. L. 341-3 C. consom. C'est ce qu'a récemment jugé la Cour de cassation³²³, mettant ainsi fin au débat.

Section 3 : LA LIMITATION DES ESPACES DE DISCUSSION PAR LA PRATIQUE BANCAIRE

185. Les banques ont mis en place depuis plus d'un siècle des mécanismes permettant d'éviter, dans toute la mesure du possible, les actions judiciaires en paiement. Il en est ainsi du compte courant ou encore de la contre-passation, qui ont été consacrés par la jurisprudence. On peut également citer au nombre des pratiques bancaires d'évitement du contentieux le recours au prélèvement automatique, dont l'apparition est plus récente, car liée aux progrès de l'informatique. Ce prélèvement constitue une technique d'exécution des

³²⁰ En faveur d'une nullité relative : C. A. Paris, 17 mai 1996, JCP éd. G 1997, I, 3991, obs. Ph. Simler ; pour la nullité absolue : C. A. Limoges, 20 mai 1997, CCC. 1998, n° 12, obs. G. Raymond.

³²¹ S. piedelièvre, préc.

³²² Civ. 1^{re}, 24 févr. 2004 : Bull. civ. I, n° 60 ; D. 2004. AJ. 805, obs. Avena-Robardet.

³²³ Com. 6 juillet 2010, n° 08-21. 760, publié au Bulletin.

obligations évitant aux établissements de crédit d'être dépendants lors de chaque paiement de la volonté du débiteur. Le mécanisme a en effet pour conséquence de permettre un paiement ne reposant pas sur une démarche active du débiteur dans le cadre du règlement de sa dette, dès lors que la situation du compte le permet. Cette pratique présente par ailleurs un intérêt procédural certain pour les établissements de crédit, dans la mesure où elle leur permet en cas d'un éventuel litige lié au prélèvement de bénéficier de la confortable position de défendeur. Ces contraintes liées à la position de demandeur peuvent en effet dissuader le client d'engager des poursuites contre la banque. On évoquera la technique générale de fonctionnement du compte reposant sur le compte courant (§ 1), avant d'aborder les techniques de paiement liées au compte bancaire (§ 2).

§ 1- LA TECHNIQUE GENERALE: LE COMPTE COURANT

186. Cette technique permet aux établissements de crédit d'obtenir un règlement de leurs créances dans le cadre du fonctionnement du compte. Dès lors que le compte le permet, le recouvrement se fait sans recours aux procédures contentieuses. Ainsi, le compte courant est apparu assez tôt comme procédé de paiement permettant aux banques d'éviter de se heurter à la volonté du débiteur. Né dans le cadre de relations suivies d'affaires, il constitue un mécanisme de recouvrement simplifié des créances réciproques. Ce mécanisme ancien³²⁴ dont « les origines lointaines se confondent avec celles de la banque »³²⁵ est parfois rattaché à l'idée de « compensation *in futurum* ». Il donne la possibilité aux banques d'obtenir le règlement de leurs créances pendant la durée de fonctionnement du compte, sans avoir à effectuer de démarche particulière envers le client. Le règlement définitif est en effet réservé à la clôture du compte. Par conséquent, avant cette date, les dettes du client sont réglées automatiquement par les remises qu'effectuent les parties. Cette technique permet ainsi aux banques d'éviter de recourir aux actions en paiement dans le cadre du règlement de chaque dette due par un client au cours du fonctionnement du compte. Dans un arrêt³²⁶ du 17 décembre 1991, la Cour de cassation a affirmé que « le compte courant est caractérisé par la

³²⁴ Pour une étude détaillée de l'histoire de ce mécanisme, cf. J.-P. Coriat, « La reconnaissance d'un contrat bancaire : le compte courant », RTD com., 1989. 597 ; R. Desgorges, « Relecture de la théorie du compte courant », RTD com., 1997. 383.

³²⁵ J.-P. Coriat, préc. p. 598.

³²⁶ Com., 17 décembre 1991, Bull. civ. IV, n° 389, p. 269 ; RTD com., 1992. 651, obs. Cabrillac et Teyssie.

possibilité de remises réciproques s'incorporant dans un solde pouvant, dans la commune intention des parties, varier alternativement au profit de l'une ou de l'autre. ».

En matière de compte courant, les banques peuvent obtenir le paiement de leur dû grâce au mécanisme de fonctionnement du compte, qui repose sur les remises réciproques des parties. Ce mécanisme interdit par ailleurs de poursuivre le débiteur en paiement pendant le fonctionnement du compte. Le règlement final est en effet renvoyé à la clôture du compte, qui permettra de dégager le solde définitif. Si ce solde est créditeur, le client sera donc créancier de la banque. Il va sans dire que ce n'est qu'en cas de solde débiteur que la banque pourra poursuivre le client en paiement. Mais au cours du fonctionnement du compte, la banque en contrôle l'évolution, et peut être amenée à interrompre les prélèvements du client (qui correspondent aux remises de la banque), si le montant du découvert autorisé est atteint. Elle a ainsi le moyen d'être informée de l'évolution de la dette future du client, et de la contenir dans les proportions déterminées par la convention des parties. Le montant du découvert autorisé est généralement proportionnel aux revenus du client, ce qui permet de le fixer dans des limites recouvrables. Cela donne aux banques de meilleures chances d'être payées, en évitant toute procédure juridictionnelle. Les remises réciproques des parties permettant le règlement des créances de l'une sur l'autre.

§ 2- LES TECHNIQUES PARTICULIERES DE PAIEMENT LIEES AU COMPTE

187. Ces techniques sont constituées de la contrepassation (A) et du prélèvement automatique (B).

A- LA CONTREPASSATION

188. Les établissements de crédit ont la possibilité de recourir à la contrepassation, technique habituellement liée au compte courant, qui les dispense de toute action contentieuse en paiement. Le régime juridique de la contrepassation a été posé par la jurisprudence dès 1888³²⁷. Ainsi, par une radiation comptable d'une écriture antérieure, la banque obtient l'exécution d'une obligation du client dans certaines situations. C'est souvent le cas lorsque le

³²⁷ Civ. 19 nov. 1888, DP 1889. 1. 409 ; Les grands arrêts de la jurisprudence commerciale, Sirey, 1962, t. 2, p. 369, n° 104, note M. Azoulai.

compte du client a été crédité par erreur, ou encore si un effet de commerce revient impayé. Dans cette dernière hypothèse, la banque en procédant à la contrepassation évite de poursuivre le débiteur de l'effet de commerce. L'établissement de crédit qui escompte un effet de commerce a en effet une créance de recours sur son client. La contrepassation permet aux établissements de crédit de recouvrer leurs créances sans exercer des actions contre les débiteurs des effets de commerce, évitant ainsi tout recours au juge. Si la contrepassation présente l'avantage d'être réalisable après la clôture du compte, et même en cas de redressement judiciaire du remettant de l'effet de commerce, cette technique peut toutefois présenter des inconvénients liés à l'effet novatoire de l'entrée en compte. Les sûretés et actions attachées à la créance sont ainsi éteintes, dans le cas où le remettant est *in bonis* et que le compte n'est pas clôturé³²⁸. La banque perd par conséquent les accessoires attachés à l'effet de commerce, notamment ses recours contre le débiteur de l'effet.

189. On peut tout même relever que la jurisprudence accorde une faveur particulière aux banques en matière de contrepassation. Ainsi, ce mécanisme est d'une part facultatif, et d'autre part, dans l'hypothèse où la contrepassation intervient après le redressement judiciaire du remettant ou après la clôture du compte, elle ne vaut plus paiement. Le banquier conserve donc la possibilité d'exercer ses droits cambiaires³²⁹. La même solution est valable pour les chèques³³⁰. La contrepassation étant facultative, les banques peuvent donc la retarder jusqu'à la mise en redressement judiciaire du remettant. Elles peuvent par conséquent décider du moment opportun de recourir à cette technique.

Ces solutions s'appliquent à « toute créance de remboursement due au non paiement d'une créance inscrite en compte courant. »³³¹. Il en est ainsi notamment en cas de cessions de créance et d'affacturage³³².

190. Si la contrepassation des effets de commerce revenus impayés constitue une technique ancienne d'auto-recouvrement des créances des banques sur leurs clients permettant d'éviter des procédures contentieuses, le prélèvement automatique s'est de nos jours considérablement développé.

³²⁸ Com., 20 mars 1979, Bull. Civ. IV, n° 108, p. 84.

³²⁹ Com., 9 mai 1990, banque n° 511, décembre 1990. 1212, obs. Rives-Lange.

³³⁰ Com., 17 mars 1998, Bull. Civ. IV, n° 103, p. 83 ; JCP 1998, éd. E, p. 1642, note Lecene-Marenaud; RTD com., 1998. 648, obs. Cabrillac. Pour l'arrêt fondateur de cette solution, cf. Cass. 19 nov. 1888, D. 1889. 1. 409 ; S. 1889. 1. 159.

³³¹ T. Bonneau, préc., n° 388, p. 303.

³³² Com., 13 mai 1982, D. 1982. IR 241, obs. Vasseur; Com., 5 nov. 1991, Bull. civ. IV, n° 331, p. 230 ; RTD com., 1992. 656, obs. Cabrillac et Teyssie.

B- LE PRELEVEMENT AUTOMATIQUE

191. Les contrats de crédit entre banques et clients prévoient en règle générale que le remboursement se fera par le biais de prélèvements mensuels. Initiée par EDF³³³ en 1956, Cette modalité d'exécution automatique de l'obligation du débiteur présente l'avantage d'éviter aux banques de faire face à la volonté des clients dans le cadre du paiement dû par ces derniers. Il en serait ainsi par exemple s'il revenait aux clients d'effectuer un virement mensuel à la banque, ou s'ils devaient se présenter tous les mois au guichet de la banque avec des espèces ou des chèques correspondant au montant des mensualités.

192. Les conventions de prêt fixent en règle générale les modalités de remboursement des dettes dues par les clients. Un tableau d'amortissement comportant le montant des mensualités à débiter du compte du client est à cet effet annexé au contrat³³⁴. Les prélèvements s'effectuent ainsi automatiquement à la date fixée au contrat. Cette date est habituellement proche de celle à laquelle le compte est approvisionné par les revenus périodiques du client, ce qui multiplie les chances de paiement. En effet, ce système qui s'accommode bien à l'extension des paiements par virement des salaires, permet aux banques de devancer les éventuels créanciers postérieurs du client devant être payés au cours du mois. C'est donc le contrat de crédit qui prévoit que le paiement s'effectuera par prélèvements bancaires. On est ainsi dans le cadre d'une exécution automatique voulue par les parties au contrat. Elle se distingue de la compensation qui se produit automatiquement, en dehors de tout accord de volonté, dès qu'elle est invoquée par l'une des parties. L'avantage est d'éviter

³³³ Cf. F. Perochon et R. Bonhomme, *Entreprises en difficultés, instruments de crédit et de paiement*, 7^e éd. LGDJ 2006, n° 864.

³³⁴ Il s'agit d'une obligation légale découlant du code de la consommation. L'art. L. 311-11 C. consom. dispose : « pour les opérations à durée déterminée, l'offre préalable précise en outre pour chaque échéance, le coût de l'assurance et les perceptions forfaitaires éventuellement demandées ainsi que l'échelonnement des remboursements ou, en cas d'impossibilité, le moyen de les déterminer. » D'après l'art. L. 312-8 C. consom., l'offre de crédit « 2° bis comprend un échéancier des amortissements détaillant pour chaque échéance la répartition du remboursement entre le capital et les intérêts.(...) ».

d'être confronté à une éventuelle mauvaise foi ou à la négligence du débiteur. Dès lors que la situation du compte le permet, la banque prélève son dû à l'échéance prévue, sans avoir à solliciter l'accord du client.

193. Il est également possible aux parties de prévoir une suspension momentanée des prélèvements dans certaines conditions prévues par le contrat. Ce type de clause contribue à éviter le contentieux, dans la mesure où elle dispense les banques de recourir aux juridictions lorsque le client ne peut dans certains cas rembourser sa dette, ou encore s'il désire pour diverses raisons obtenir une pause dans les prélèvements.

L'effet de ce mécanisme est donc de permettre un paiement automatique de la dette due par le débiteur. Les mensualités à prélever sont en général fixées au contrat, et ne peuvent donc logiquement faire l'objet de contestations. Si l'on excepte les cas possibles de prélèvement indu, les litiges surviennent généralement lorsque le prélèvement ne peut être effectué du fait de l'absence de provision ou d'une provision insuffisante, ce qui correspond à un impayé.

194. L'intérêt procédural du prélèvement automatique est de permettre une inversion des positions de demandeur et de défendeur au cours d'un éventuel procès. Ainsi, en cas de différend portant sur le prélèvement, par exemple dans l'hypothèse où le client soutient que son compte a été indûment prélevé, il lui appartiendra de prendre l'initiative de saisir le juge, ou alors d'opter pour une négociation avec la banque. Le client étant demandeur, la banque bénéficiera ainsi d'une position favorable dans le cadre de la négociation ou de celle confortable de défendeur si le client choisit de saisir le juge. Cette technique présente donc un intérêt à la fois au plan substantiel et au plan procédural. En effet, s'agissant de l'aspect substantiel, l'avantage pour la banque est de pouvoir recouvrer sa créance sans intervention du débiteur. Au plan procédural, elle bénéficie d'une position favorable dans une négociation ou au cours d'un éventuel procès. Le client aura logiquement tendance à privilégier la négociation, au vu des inconvénients que peut présenter un procès pour le demandeur, par exemple en matière de charge de la preuve. Le fond du droit a donc une incidence sur l'attitude des banques, dans le cadre du prélèvement automatique. Il s'agit d'une technique substantielle conférant aux banques un avantage procédural certain. Le recours par les banques à cette technique contribue ainsi à éviter le contentieux.

195. En somme, l'ensemble des règles protégeant les emprunteurs, les cautions et les investisseurs peut certes avoir une incidence baissière sur le contentieux, comme nous l'avons montré plus haut. Mais ces règles peuvent aussi avoir l'effet inverse, dans la mesure où elles créent de nouvelles sources de discussions. L'effet de réduction du contentieux est sensible seulement si la norme vient se substituer à une règle antérieure qui était génératrice de contentieux. C'est par exemple le cas du formalisme légal du cautionnement issu de la loi de 2003 qui se substitue au formalisme jurisprudentiel antérieur. En revanche, si la norme vient édicter de nouvelles contraintes là où il n'y en avait pas, elle peut créer du contentieux si elle est imprécise, susceptible d'interprétations divergentes³³⁵. C'est par exemple le cas de l'obligation d'information de la caution. D'où la nécessité pour le législateur d'être suffisamment précis et concis en matière de production de normes, afin d'éviter que les règles de droit soient susceptibles d'interprétations variées. D'où également la nécessité de limiter les divergences de jurisprudence. La sécurité juridique des parties se doublerait ainsi d'un nécessaire désengorgement des juridictions, même si on peut logiquement penser que dans bien des cas, le contentieux évité par la mise en place des règles protectrices est nettement supérieur à celui que peuvent générer ces règles. L'essentiel pour le législateur et la jurisprudence doit être de débarrasser les juridictions de contentieux de masse évitables. On peut ainsi se féliciter de l'intervention du législateur en 2003 en matière de formalisme du cautionnement, ou de celle d'une chambre mixte en 2005 pour mettre fin à la divergence de jurisprudence au sein de la Cour de cassation sur le devoir de mise en garde. On peut également saluer ici les efforts de la Cour de cassation dans le sens de la construction d'un régime raisonnable de la responsabilité du banquier envers les créanciers du crédit admis à la procédure collective, avant l'intervention législative de 2005. Il est par ailleurs important de louer les efforts du législateur et de la jurisprudence, qui ont su créer des règles adaptées à l'époque contemporaine, lesquelles permettent de prévenir efficacement le contentieux des vices du consentement.

³³⁵ En ce sens, on peut également citer l'art. L. 133-25 CMF issu de l'ordonnance du 15 juillet 2009, laquelle transpose en droit interne la directive 2007/64/CE du parlement et du conseil du 13 novembre 2007. Cette directive concerne les services de paiement dans le marché intérieur. Cette disposition, qui établit une nouvelle hypothèse de responsabilité du prestataire de service de paiement, est susceptible de générer du contentieux, du fait des notions qu'elle emploie : « Le payeur a droit au remboursement par son prestataire de services de paiement, d'une opération autorisée, ordonnée par le bénéficiaire ou par le payeur qui donne un ordre de paiement par l'intermédiaire du bénéficiaire, si l'autorisation donnée n'indiquait pas le montant exact de l'opération de paiement et si le montant de l'opération dépassait le montant auquel le payeur pouvait raisonnablement s'attendre en tenant compte du profil de ses dépenses passées, des conditions prévues par son contrat-cadre et des circonstances propres à l'opération. » Les notions utilisées par ce texte sont susceptibles d'interprétations divergentes, et peuvent ainsi générer un abondant contentieux. L'expression « pouvait raisonnablement s'attendre » peut en effet avoir un contenu différent, selon que l'on est payeur, ou prestataire de services de paiement. Il va sans dire que dans bien des hypothèses, il reviendra au juge de trancher au cas par cas.

Les différentes pratiques bancaires quant à elles contribuent à concrétiser l'objectif de prévention de l'endettement, et indirectement du contentieux.

196. Mais dans le contexte d'une législation consumériste sans cesse évolutive et d'une action jurisprudentielle toujours plus exigeante vis-à-vis des banques, on peut s'interroger sur le point de savoir quelle est la réaction de ces dernières. L'observation montre qu'elles essaient d'éviter le juge, pour s'orienter vers la négociation précontentieuse. Il ressort en effet de tous les entretiens effectués auprès des établissements de crédit que les incidents de paiement des débiteurs ne conduisent pas ces organismes à entreprendre immédiatement des recours devant les juridictions. La négociation constitue ainsi une étape très importante dans le traitement des défaillances de la clientèle.

Titre 2 : LA NEGOCIATION PRECONTENTIEUSE AU MOMENT DE LA DEFAILLANCE DU DEBITEUR

197. Dans un contexte marqué à la fois par des règles législatives et réglementaires de source nationale, communautaire voire internationale incitant les établissements de crédit à une vigilance accrue, mais aussi par une jurisprudence considérée par les banques comme leur étant essentiellement défavorable, ces dernières ont recours à la négociation, comme technique principale de traitement des différends. Ce mécanisme dispense en effet les banques de recourir au juge dans le cadre du recouvrement de leurs impayés, et plus largement dans le règlement des différends liés à l'activité bancaire. En ce sens, le rapport du CEDCACE (université de Nanterre) et du CRIJE (université de Rouen) portant sur la prise en charge de l'impayé contractuel en matière civile et commerciale révèle qu'il est question d'« obtenir le meilleur paiement, le plus vite possible et au moindre coût, et si possible, en évitant de passer par la justice. »³³⁶.

La négociation précontentieuse, qu'elle soit voulue par les banques, ou suscitée par les procédures de traitement des difficultés du débiteur, joue ainsi un rôle central dans le règlement des différends. La distinction opérée par A. JEAMMAUD entre conflit, différend et litige trouve ici un terrain d'expression. Ce stade de la relation conflictuelle est marqué par un souci d'évitement du litige, qui se traduit par une importante activité précontentieuse. On rappellera que la phase précontentieuse peut être conçue comme celle située entre l'émergence du conflit et la naissance du litige. En effet, avec l'apparition du litige, on entre dans la phase du contentieux. Ce dernier terme est généralement défini comme un « ensemble de litiges susceptibles d'être soumis aux tribunaux. »³³⁷. Les banques essaient donc d'éviter d'en arriver à un stade de dégradation du conflit, qui conduirait à la saisine des tribunaux. La négociation précontentieuse est ainsi privilégiée. En effet, pour de nombreuses raisons, la

³³⁶ La prise en charge de l'impayé contractuel en matière civile et commerciale, janvier 2010, sous la direction de B. Thullier, L. Sinopolo, F. Leplat, p. 117.

³³⁷ Le petit Robert, éd. 2003 VUEF, p. 529.

négociation occupe une place prépondérante dans le cadre de l'évitement du contentieux. Outre le contexte normatif sus évoqué, des raisons commerciales, factuelles et judiciaires conduisent les banques à privilégier des solutions consensuelles.

198. Les banques évoluent en effet dans un contexte commercial particulièrement concurrentiel. Ce contexte concurrentiel est un facteur très incitatif à une recherche de solutions amiables. La concurrence aussi bien nationale qu'européenne voire mondiale favorise en effet un dialogue permanent avec la clientèle, plutôt qu'un acharnement judiciaire qui nuirait à l'image de marque des banques et pourrait leur faire perdre des parts de marché. Ainsi, au 30 avril 2009, on dénombrait 646 établissements de crédit agréés en France³³⁸. Au nombre de ceux-ci, 337 établissements habilités à traiter toutes les opérations de banque, 304 sociétés financières et 5 institutions financières spécialisées. L'on compte par ailleurs 71 établissements de crédit de l'espace économique européen exerçant en libre établissement (succursales), et 29 établissements de crédit agréés pour exercer leur activité à Monaco. Par ailleurs, 500 établissements du secteur bancaire de l'espace économique européen exercent en libre prestation de service, au nombre desquels 496 établissements de crédit et 4 établissements financiers.

199. Dans ce contexte éminemment concurrentiel, la relation commerciale est privilégiée, ce qui suppose au plan marketing une approche plus amiable, aussi bien en l'absence de conflit, qu'en cas de conflit avec des clients que l'on souhaite par ailleurs fidéliser. Les chargés de clientèle, responsables d'agence voire directeurs des banques³³⁹ sont souvent issus des écoles de commerce (et non des facultés de droit), et ont donc une formation qui les incline davantage au marketing, à une approche commerciale et consensuelle dans la solution des différends. N'étant pas des juristes, ils n'ont *a priori* pas une approche purement juridique des solutions en cas de différends, tout au moins lorsque le client est disposé à la concertation. La formation des acteurs influe fatalement sur leur approche des solutions aux problèmes auxquels ils peuvent être confrontés. Les recrutements dans les établissements de crédit font également la part belle aux commerciaux. Ces derniers semblent moins enclins à

³³⁸Ces informations sont disponibles de façon détaillée sur le site : www.banque-france.fr/fr/supervi/telechar/popetscred/lisetcre.pdf

³³⁹ A titre d'exemple, Baudouin PROT Administrateur Directeur Général de BNP Paribas 1^{er} groupe bancaire français et européen est diplômé de HEC. François PEROL président du directoire du 2^e groupe bancaire français, la Caisse nationale des Caisses d'épargne et directeur général de la Banque fédérale des Banques populaires est également diplômé de HEC. Georges PAUGET président de LCL est docteur en sciences économiques. Frédéric OUDEA PDG de la Société Générale est diplômé de l'école polytechnique.

une solution contentieuse que les juristes, qui ont baigné dans l'étude des mécanismes juridiques et juridictionnels au cours de leur formation. Le commercial, dans une optique de marketing, sera probablement en cas de persistance du différend plus déterminé à trouver une solution commerciale (et non contentieuse), pouvant parfois aller jusqu'à une concession que l'on nomme habituellement « geste commercial ». Le but est de fidéliser une clientèle, et de préserver l'image de la banque. On peut y voir l'une des causes majeures de la prééminence des solutions conventionnelles dans le cadre des différends entre les banques et leurs clients. L'activité bancaire en agence est en effet essentiellement exercée par des commerciaux. A ce stade, les différends sont traités dans une optique prioritairement commerciale et peuvent trouver des solutions. Dès lors, la saisine du service juridique ne s'impose pas.

200. Ces services juridiques sont quant à eux habituellement centralisés au siège des banques, et ne sont pas prioritairement portés vers le contentieux. En effet, les banques disposent fréquemment en leur sein des pôles de recouvrement amiable, chargés de rechercher des solutions consensuelles aux différends dont la solution n'a pu être trouvée en agence. L'agence s'emploie en effet à un règlement précontentieux du différend, et ce n'est qu'en cas d'échec des négociations que le dossier est confié au service contentieux. La négociation précontentieuse est ainsi privilégiée et développée, au point où l'un des acteurs rencontrés dans le cadre des enquêtes de terrain portant sur l'étude du contentieux de l'impayé, a prédit une disparition à terme du service contentieux de sa banque, et une sous-traitance par des sociétés de recouvrement amiable des dossiers « difficiles ».

Au nombre des raisons pouvant par ailleurs expliquer cette propension bancaire à la négociation, les banquiers évoquent également l'augmentation du coût des procès et la mobilité des clients. En effet, la comparaison entre le coût d'une procédure judiciaire (coût de la procédure, honoraires d'avocats) et le montant de la créance peut rapidement conduire à privilégier un accord négocié avec le client.

201. Par ailleurs, il semble de plus en plus difficile de retrouver les mauvais payeurs. Les retours de courriers en « NPAI » (n'habite plus à l'adresse indiquée) peuvent entraîner une orientation des créances impayées dans la catégorie des « pertes et profits ».

L'utilisation quasi systématique des voies de recours par les débiteurs est également citée au nombre des causes expliquant la préférence de la négociation à un recours contentieux. C'est ainsi qu'un des banquiers rencontrés dans le cadre de la recherche menée

par le CERCRIID sur l'évolution du contentieux de l'impayé révèle que jusqu'en 1996-1997, la quasi-totalité des affaires qu'il traitait se clôturait en première instance. Depuis lors, l'exercice de la voie d'appel par les débiteurs parfois assistés d'associations de consommateurs semble devenir systématique, ce qui de fait augmente le coût et la durée des procès pour les banques. Or, le temps judiciaire (généralement long) s'accommode mal de nouvelles exigences comptables des banques (qui privilégient un temps de courte durée). Ainsi, la logique financière qui de nos jours guide les banques conduit généralement à renoncer aux procès. En effet, les établissements bancaires cotés en bourse doivent publier les bilans tous les trois mois afin de donner les preuves de leur bonne santé financière. Dans ce contexte, il paraît peu recommandable de conserver des créances litigieuses « inertes », consommatrices de fonds propres, et dont le paiement ne pourrait intervenir qu'au terme de plusieurs années de procédure judiciaire.

202. De surcroît, certains banquiers pensent que les chances de succès judiciaire sont plutôt faibles pour leurs établissements. Ils considèrent ainsi que la jurisprudence leur est généralement défavorable, et qu'il existerait une orientation des juges du fond très « anti-banque ». Dans ces conditions, il paraît bien trop risqué de mener une procédure judiciaire en matière de gestion des impayés bancaires. Toutes ces raisons justifient donc l'essor des services de recouvrement amiable au sein des banques, mais aussi un développement exponentiel des sociétés externes de recouvrement amiable.

La négociation précontentieuse se déroule préalablement de façon spontanée (Chapitre 1). Mais si la situation du débiteur se dégrade, cette négociation aura lieu dans un cadre organisé (Chapitre 2).

Chapitre 1 : LA NEGOCIATION SPONTANEE

203. Lorsque le débiteur est confronté aux incidents de paiement, sans toutefois être placé sous la protection du législateur, le cadre des négociations relève de la liberté des parties. La banque et son client négocient librement et peuvent conclure un accord ayant des incidences sur le contrat initial de prêt. Après un exposé des différents processus de traitement de l'impayé mis en place par plusieurs banques (Section 1), on s'attardera sur la nature juridique des accords obtenus (Section 2), ainsi que sur leur régime juridique (Section 3).

Section 1 : LES PROCESSUS DE TRAITEMENT DE L'IMPAYE

204. En cas d'impayé, les banques ont mis en place des processus de règlement privilégiant une solution consensuelle au différend. D'où la structuration en leur sein des services de recouvrement amiable, et même l'émergence des sociétés externes chargées de jouer ce rôle. Les mécanismes précontentieux de traitement des incidents de paiement connaissent ainsi un essor particulier. L'accent est mis sur la recherche d'une solution négociée, le but étant d'éviter l'émergence du litige. Dans cette optique, les services de recouvrement amiable se sont considérablement développés ces dernières années au sein des établissements de crédit. Ces services sont généralement sollicités lorsque l'agence et le client ne sont pas parvenus à régler le différend. Les chargés de clientèle développent en agence une relation commerciale avec les usagers, et sont donc les premiers négociateurs en cas d'incident de paiement et plus largement dans le cadre des différends entre banques et clients. Le chef d'agence peut également être saisi, au cas où la solution n'est pas trouvée entre le client et son interlocuteur habituel. Il peut par conséquent essayer de proposer au client une solution consensuelle en cas de différend persistant.

205. L'échec de l'action du chargé de clientèle (et éventuellement du chef d'agence) entraîne le transfert du dossier au service de recouvrement amiable qui s'emploie à son tour à trouver un accord avec le client. Le changement d'interlocuteur et la capacité de persuasion d'un personnel spécialisé dans la pratique du recouvrement amiable peuvent en effet favoriser l'émergence d'un accord. On a donc au moins deux niveaux de négociation avant un éventuel transfert du dossier au service contentieux. Ces deux étapes de négociation (agence et service de recouvrement amiable) présentent l'avantage de multiplier les chances de conclusion d'un accord. Ainsi, d'après l'un des responsables juridiques au Crédit Agricole, 90% des dossiers d'impayé trouvent une solution amiable. En effet, au cours de ces deux étapes, les banques ne se considèrent pas encore au stade du litige, et négocient pour éviter d'en arriver à une situation de désaccord essentiellement juridique. L'approche commerciale de la solution du différend est ainsi privilégiée.

206. On comprend davantage au vu de cette statistique pourquoi les banques privilégient la négociation en matière de gestion des impayés, plutôt que les recours contentieux. Elles ont bien intégré l'adage selon lequel « mieux vaut un mauvais arrangement qu'un bon procès. ». Cet adage se vérifie davantage lorsque les créances portent sur de petits montants. La comparaison entre la durée, le coût d'un procès et le montant de la dette conduit à choisir la négociation, en particulier dans le cas où le client est de bonne foi. Les échéances du prêt font donc l'objet d'un nouveau terme destiné à permettre au client d'obtenir un délai supplémentaire lui permettant d'avoir de meilleures chances de régler sa dette. La négociation porte en effet rarement sur le montant de la dette. Les banques ont davantage de raisons de recourir à la négociation dans la mesure où le client peut solliciter d'être placé sous un régime de protection, notamment dans le cadre du traitement du surendettement ou des procédures collectives. Il est donc dans l'intérêt des banques d'essayer d'éviter d'en arriver à ces situations. En outre, il est possible que les clients défaillants s'adressent aux associations de consommateurs qui les conseillent dans la gestion de leurs impayés. C'est ainsi qu'il peut leur être proposé de saisir le tribunal afin d'obtenir une ordonnance prévoyant une suspension des mensualités du prêt. La négociation peut donc permettre d'éviter une démarche du client en vue d'obtenir du juge des délais de grâce (art. L. 313-12 C. consom³⁴⁰).

³⁴⁰ Conformément à cette disposition, « l'exécution des obligations du débiteur peut être, notamment en cas de licenciement, suspendue par ordonnance du juge d'instance dans les conditions prévues aux articles 1244-1 à 1244-3 du code civil. L'ordonnance peut décider que, durant le délai de grâce, les sommes dues ne produiront point intérêt. En outre, le juge peut déterminer dans son ordonnance les modalités de paiement des sommes qui

207. Comme on le voit, les banques ont modifié la gestion du risque client, en privilégiant la négociation à un règlement judiciaire des litiges liés à l'impayé bancaire. Il est possible de l'illustrer par des exemples tirés des pratiques en cours au sein de quelques banques, qui confirment l'orientation de ces établissements vers des solutions évitant le recours aux juridictions.

208. Pour la banque CIC, une fois l'impayé détecté, le chargé de clientèle dispose d'un délai maximum de 45 jours consécutifs afin de parvenir à obtenir du client une régularisation de la situation. A l'issue de ce délai, si aucune réponse adéquate n'a été apportée en agence, le dossier est alors automatiquement transmis au service de recouvrement amiable. Cette automaticité n'est valable au sein du CIC que pour les particuliers. En effet, lorsqu'une difficulté de paiement est le fait d'un client professionnel, le transfert du dossier de l'agence vers le service de règlement amiable est laissé à l'appréciation du chargé de clientèle. Dès que le dossier est transmis au service de règlement amiable, le client défaillant change d'interlocuteur, le chargé de clientèle n'intervenant plus dans la résolution du différend. Ce changement d'interlocuteur peut provoquer un effet psychologique chez le client, qui se traduit par une meilleure prise de conscience de sa défaillance dans le remboursement du crédit. Cette prise de conscience peut l'inciter à trouver les solutions lui permettant de s'acquitter de sa dette.

209. Les chargés de clientèle en agence sont les premiers interlocuteurs des clients, et entretiennent avec eux une relation de proximité, afin de gérer au mieux les difficultés que peuvent rencontrer ces derniers. Le contact est en général un contact permanent avec les clients relevant de leur portefeuille, ce qui leur permet d'établir une relation de confiance, propice à la résolution amiable d'éventuels différends.

210. La procédure ci-dessus décrite est similaire à celle pratiquée dans la plupart des banques. Ainsi, la procédure en cours à la Société Générale prévoit une attente de 6 mois (6

seront exigibles au terme du délai de suspension, sans que le dernier versement puisse excéder de plus de deux ans le terme initialement prévu pour le remboursement du prêt ; il peut cependant surseoir à statuer sur ces modalités jusqu'au terme du délai de suspension. ».

échéances impayées) avant la mise en demeure du client défaillant. Dans cet espace temporel, la négociation est de mise dès lors que le client est de bonne foi.

211. Pour le Crédit Agricole, la situation conflictuelle est constatée dès la troisième échéance de retard. La gestion de l'incident de paiement se fait d'abord en agence au jour le jour. Ainsi, en cas de dépassement de découvert ou de chèque impayé, le chargé de clientèle en agence appelle le client afin d'analyser avec lui la situation en vue de régulariser l'incident. On est à ce stade dans le cadre d'une relation commerciale.

Si la négociation se solde par un échec, et suivant certains critères (nombre de jours d'anomalie...), le dossier est transféré au siège de la banque. Le client est mis en demeure et y est convoqué afin d'essayer de trouver un accord avec le service interne de recouvrement amiable. Les parties négocient en règle générale sur un nouvel échéancier de paiement. La négociation porte rarement sur le montant du crédit. En cas d'abandon d'une partie de la créance ou de réduction de la durée de remboursement, la caution est associée à la négociation et signe l'accord. Si aucune solution ne ressort des discussions, le dossier est transmis au service contentieux. Cette procédure est identique pour les entreprises et les particuliers.

En principe, le Crédit Agricole traite tous les recouvrements en interne ; mais pour les petites créances sans garantie, elle recourt aux sociétés externes de recouvrement amiable par la technique du mandat. Il en est de même pour la banque HSBC. Pour cette dernière banque qui se veut de moyen et haut de gamme, le contentieux constitue également le stade ultime, la négociation étant privilégiée.

212. On est donc en présence d'un espace de négociation permanente entre les parties aussi bien en agence qu'au siège des banques, notamment dans le cadre des services de recouvrement amiable. Ces derniers se sont largement développés au sein des banques au cours de ces 20 dernières années et comportent des personnels spécialisés en cette matière. Dans le même temps, on a connu un essor important des sociétés externes de recouvrement amiable. Ces sociétés agissent soit en tant que mandataires des banques, soit en tant que cessionnaires des créances, et privilégient le recouvrement négocié de l'impayé. On peut s'interroger sur le point de savoir comment le droit appréhende les accords issus des négociations.

Section 2 : LA NATURE JURIDIQUE DES ACCORDS OBTENUS

213. Les accords négociés entre les banques et leurs clients *in bonis* peuvent-ils être considérés comme de simples avenants modifiant le contrat initial, ou alors des transactions ? Que penser de la novation ?

La nature juridique des accords issus des négociations entre les banques et leurs clients peut s'avérer difficile à déterminer. La difficulté est d'autant plus importante dans la mesure où la notion et le régime de l'avenant³⁴¹ ne sont pas définis par législateur, la transaction quant à elle ayant été conçue « à la hâte et sans l'éclairage de POTHIER »³⁴² lors de la rédaction du code civil. Il est donc revenu à la doctrine et à la jurisprudence d'essayer de tracer les contours de la distinction entre ces deux conventions.

214. Pour les praticiens rencontrés la qualification d'avenant semblait évidente, dès lors qu'on est dans une phase « précontentieuse », ce qui conduit à situer les accords sur un terrain purement contractuel. C'est sur ce terrain que se situe le plus souvent la jurisprudence, la discussion portant sur le point de savoir si les modifications apportées au contrat sont suffisamment importantes pour opérer novation de celui-ci. Cependant, quelques décisions semblent admettre l'éventualité de la qualification de transaction. La jurisprudence retient logiquement cette qualification dans l'hypothèse où l'accord a été passé pendant le cours du procès, alors qu'une action en paiement a déjà été formée³⁴³. On se situe à ce stade dans une

³⁴¹ Pour un essai de définition doctrinale, v. S. Pellet, L'avenant au contrat, thèse Paris I, 2008, Ph. Stoffel-Munck (Dir.), n° 5. Cet auteur considère que l'avenant repose sur la réunion de trois éléments : sa source conventionnelle, son objet portant sur un contrat préexistant, son effet consistant à modifier les stipulations du contrat initial.

³⁴² S. Pellet soutient que les dispositions du code civil relatives à la transaction « sont souvent obscures et réalisent le tour de force d'être à la fois incomplètes et redondantes, affirmant des solutions que l'application du droit commun des contrats suffisait à dégager. » préc. n° 130, p. 127. L'auteur considère que précipitation et absence de modèle ont condamné la transaction à être la « mal réglementée » du Code civil, citant ainsi T. Clay, « Le modèle pour éviter le procès », in Code civil et modèles. Des modèles du Code au Code comme modèle (sous la dir. de Th. Revet), Bibl. de l'Institut André Tunc, LGDJ, 2005, p. 51, n° 49 : « Non seulement la définition de la transaction est un modèle de définition imparfaite, mais les conditions de rédaction des articles s'écartent aussi du modèle proposé lors de l'élaboration du Code civil (...). Au lieu d'être longuement et patiemment discutées, les dispositions sur la transaction ont surgi deux semaines avant la promulgation du Code civil. Au lieu d'avoir été proposées par les rédacteurs du Code, elles sont dues aux observations des tribunaux. Au lieu d'avoir été rédigées collégialement, elles sont le seul fait de Bigot de Préameneu qui, dans l'urgence, s'est attelé à la tâche. Au lieu que celui-ci puise cumulativement dans Pothier et Domat, comme pour le reste des dispositions relatives au contrat, il s'est inspiré du seul Domat, puisque Pothier ne traite pas de la transaction » Adde L. Poulet, Transaction et protection des parties, préf. Y. Lequette, Bibl. dr. privé, t. 452, LGDJ, 2005, n° 2, p. 1. Planiol considérait que la partie du code civil sur la transaction « est une des parties les plus mauvaises et les plus faibles. La plupart de ces dispositions sont inutiles ; ce sont de simples applications du droit commun, ou des répétitions de solutions déjà données ailleurs, et quelques unes (...) sont rédigées en termes si obscurs qu'il a fallu un effort considérable pour les comprendre ». Planiol, Traité élémentaire de droit civil, t. II, Les preuves. Théorie générale des obligations. Les contrats. Privilège et hypothèques, Librairie Cotillon, 1902, n° 2286 ; cité par S. Pellet, préc. note 616.

³⁴³ Com. 22 mars 2005, n° 02-21103, inédit ; Com. 22 octobre 2002, n° 99-11727.

phase contentieuse (processuelle), qui influe fatalement sur le régime juridique des accords obtenus. Par conséquent, en pareil cas, il ne s'agira plus d'un simple avenant, mais d'une transaction au sens de l'art. 2044 C. civ. La transaction dans cette hypothèse vise à régler le litige dont le tribunal est saisi. Les parties n'ont pas pu trouver un accord réglant le différend, d'où l'émergence du litige.

215. Mais même lorsque l'accord est passé dans le cours des négociations qui suivent l'incident de paiement, la qualification de transaction n'est pas totalement exclue par certains juges, mais elle semble dépendre de l'intention des parties, ce qui ne fournit pas un critère de qualification bien ferme. Un arrêt approuve ainsi une cour d'appel « qui s'est expliquée sur la portée de la transaction en relevant qu'elle avait pour objet, non de modifier les termes du contrat de prêt, mais d'organiser de nouvelles modalités de règlement de la dette à l'égard de la banque. »³⁴⁴.

216. Toutefois, il ne suffit pas que les parties aient utilisé le mot transaction pour désigner leur accord pour que cette qualification soit retenue : ainsi, dans un arrêt de la première chambre civile du 7 novembre 2006, la Cour de cassation approuve les juges du fond qui avaient écarté cette qualification en retenant que « l'emploi du mot “transaction” n'avait d'autre signification que d'interdire l'invocation de difficultés d'exécution ou d'inexécution antérieures à la signature de l'accord »³⁴⁵. En effet, conformément à l'art. 12 al. 2 du CPC, le juge « doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposé. ». Ces fluctuations jurisprudentielles ne permettent pas d'avoir un critère ferme de qualification.

217. Si on se réfère à l'intention des parties, il est possible de s'interroger sur le point de savoir si cette intention est de conclure une transaction lorsqu'elles renégocient un contrat de prêt après l'incident de paiement. Il paraît plus logique de rejeter en principe la qualification de transaction, les parties se situant à cette étape dans un cadre précontentieux. L'accord obtenu constitue donc en principe un avenant³⁴⁶ au contrat initial. Il relève de la

³⁴⁴ Com. 23 octobre 2001 n° de pourvoi : 98-22810.

³⁴⁵ Civ. 1^{re}, 7 nov. 2006 : pourvoi n° 04-20322, inédit. Dans le même sens, un arrêt plus ancien de la Cour de cassation a posé le principe suivant : « dès lors qu'elle constate qu'un arrangement relatif à l'exécution d'un contrat clair et précis ne faisait, entre les parties, l'objet d'aucune contestation sérieuse, une cour d'appel peut en déduire que cet arrangement ne présente pas les caractères d'une transaction. » Civ. 3^e, 27 mai 1963, Bull. civ. III, n° 252.

³⁴⁶ V. L. Monnier, *L'avenant au contrat*, thèse Toulouse 1999 dir L. Rozes ; S. Pellet, *L'avenant au contrat*, thèse Paris I 2008 dir. P. Stoffel-Munck.

catégorie des accords que le doyen CARBONNIER a qualifié de « conventions simplement modificatives d'une obligation préexistante, sans effet extinctif ni créateur. ». A ce stade, lorsque le client est prêt à négocier, les banques considèrent qu'elles sont confrontées à un différend, et non à un litige. Le client quant à lui souhaite réaménager son contrat de prêt, et il paraît difficile de penser que les deux parties se trouvent déjà au plan psychologique dans une phase purement litigieuse de gestion de l'incident de paiement. La négociation a, en effet, pour but de permettre la survie du contrat à travers une adaptation aux circonstances nouvelles, et non de régler un litige en renonçant à l'action en justice. Il doit s'agir d'une simple modification de l'obligation et non d'une transaction. Comme le note A. GHOZI, « il apparaît que l'absence de situation litigieuse provoque, dans certains cas, la dégénérescence de la transaction en modification. »³⁴⁷. Cette dernière « constitue un cadre susceptible de recevoir certaines conventions faussement qualifiées de transactions. »³⁴⁸. Le litige ne pourra véritablement émerger que dans l'hypothèse où l'accord issu des négociations n'est pas exécuté. Il est vrai qu'en cas de concessions faites par les deux parties, la nature juridique du contrat peut sembler plus discutable. Pour la jurisprudence en effet, une transaction implique l'existence de concessions réciproques des parties³⁴⁹, quelle que soit par ailleurs leur importance relative³⁵⁰. La réalité des concessions est en outre nécessaire. Il a ainsi été jugé³⁵¹ qu'il n'y a pas transaction lorsqu'une partie abandonne ses droits pour une contrepartie si faible qu'elle est pratiquement inexistante. Mais à l'inverse, l'existence de concessions réciproques ne suffit pas à qualifier de transaction un acte qui n'est qu'un réaménagement du contrat. La doctrine considère que l'élément déterminant permettant de retenir la qualification de transaction est de savoir si l'accord obtenu suite aux concessions réciproques vise à régler un litige. En effet, pour Ph. MALAURIE, L. AYNES, et P.-Y. GAUTIER, « le litige est au cœur de la transaction. »³⁵². Le doyen L. BOYER note en ce sens que « chaque fois que l'existence du droit d'action rendra possible un procès, la transaction le sera également ; chaque fois que pour une quelconque raison le droit d'action manque aux parties, une transaction ne saurait avoir lieu. »³⁵³. Pour cet auteur et pour d'autres, la situation litigieuse constitue « la cause catégorique »³⁵⁴ du contrat de transaction. Dans sa thèse préfacée par P.

³⁴⁷ A. Ghozi, La modification de l'obligation par la volonté des parties, thèse LGDJ 1980 n° 144

³⁴⁸ A. Ghozi, préc. n° 144.

³⁴⁹ Civ. 1^{re}, 3 mai 2000 : Bull. civ. I, n° 130.

³⁵⁰ Soc. 17 mars 1982 : Bull. civ. V, n° 180 ; Soc. 13 mai 1992 : Bull. civ. n° 307 ; RTD civ. 1992. 783, obs. Gautier.

³⁵¹ Civ. 1^{re}, 4 mai 1976 : Bull. civ. I, n° 157 Soc. 18 mai 1999 : Bull. civ. V, n° 223

³⁵² Ph. Malaurie, L. Aynès, P.-Y. Gautier, Les contrats spéciaux, 2^e éd. Refondue, LGDJ 2005, n° 1102. A. Bénabent, Droit civil, Les contrats civils et commerciaux, 7^e éd. 2006, n° 1003.

³⁵³ L. Boyer, La notion de transaction, th. Toulouse, 1947, Sirey, p. 45.

³⁵⁴ L. Boyer, préc. p. 103-121. V. également sur cette théorie : Marty et Raynaud, 2^e éd. t. 1 1988, n° 203.

Le CANNU, C. BOILLOT³⁵⁵ affirme que « le contrat de transaction trouve son origine dans un litige opposant les parties. »³⁵⁶. Citant X. LAGARDE, l'auteur soutient que « c'est le litige qui donne la mesure de l'efficacité de la transaction. »³⁵⁷. Elle en déduit qu'il ne peut y avoir de transaction qu'autant qu'existe un litige susceptible d'être soumis au juge. En outre, la portée extinctive de l'acte ne saurait dépasser le cadre circonscrit du contenu de ce litige³⁵⁸.

X. LAGARDE relève, quant à lui, qu'« habituellement, la qualification d'un contrat passe par un examen des obligations que celui-ci contient. Pour dire les choses de manière un peu caricaturale, la qualification est intrinsèque. En revanche, en vue de déterminer si un contrat (...) constitue par ailleurs une transaction, il convient de porter l'attention sur un élément extrinsèque. Celui-ci n'est autre que la situation juridique dont la transaction dérive. »³⁵⁹. Cette situation juridique c'est le litige, et il appartient aux juges d'identifier ce litige pour retenir la qualification de transaction. Plusieurs arrêts de la Cour de cassation³⁶⁰ étayaient l'argumentation de cet auteur. Ph. MALAURIE, L. AYNES et P.-Y. GAUTIER soutiennent en outre que « l'existence d'un litige né ou à naître, qui seule permet de qualifier un contrat de transaction, doit être réelle : les prétentions opposées des parties ont dû s'exprimer et doivent être sérieuses. »³⁶¹. Il va sans dire que le litige doit être caractérisé, notamment par « un conflit d'intérêts et une prétention juridique émise par l'une des parties »³⁶², laquelle est l'expression de la posture psychologique litigieuse qui l'anime. Pour C. JARROSSON, au nombre des éléments essentiels de la transaction, figurent « ...le litige et l'accord des parties pour l'éteindre. La doctrine et la jurisprudence y ont ajouté un troisième élément traditionnel malgré le silence du code : les concessions réciproques que se font les parties. »³⁶³. Le litige est donc une condition essentielle de la transaction, d'où l'effet d'autorité de la chose jugée en dernier ressort, que lui confère l'art. 2052 C. civ. C'est également en ce sens que F. J. J. BIGOT DE PREAMENEU, considérant la transaction comme « le plus heureux des moyens de mettre fin à un conflit »³⁶⁴, affirmait en outre il y a deux siècles que : « la transaction est le jugement que les parties se donnent à elles-

³⁵⁵ C. Boillot, La transaction et le juge, n° 772, PUCF-LGDJ 2003, dir. P. Le Cannu.

³⁵⁶ Pour l'auteur, c'est ce qui justifie que certains qualifient la transaction de contrat dérivé.

³⁵⁷ X. Lagarde, Les spécificités de la transaction consécutive à un licenciement, JCP 2001 I 337, cité par C. Boillot.

³⁵⁸ Article 2048 et 2049 du Code civil, cités par C. Boillot.

³⁵⁹ X. Lagarde, Actualité de la transaction, RDC, 01/10/2004, p. 1028.

³⁶⁰ Civ. 1^{re}, 11 février 1992, Bull. civ. I, n° 45 ; Civ. 1^{re}, 3 févr. 2004, pourvoi n° 01-16.740 inédit; Civ. 26 mars 2003, Bull. civ. III, n° 71.

³⁶¹ Ph. Malaurie, L. Aynès, P.-Y. Gautier, préc., n° 1102.

³⁶² L. Boyer, préc. p. 45.

³⁶³ C. Jarrosson, Rev. crit. DIP 1997, p. 657 et s.

³⁶⁴ Recueil Rondonneau, t. VIII p. 173.

mêmes. »³⁶⁵. L'existence du litige constitue ainsi un élément fondamental distinguant la transaction de l'avenant, simple modification d'une obligation par la volonté des parties. L'avenant n'a pas pour objectif de régler un litige, mais de permettre la survie du contrat en l'adaptant à des circonstances nouvelles. Selon A. GHOZI, le critère de distinction entre les deux conventions réside dans la cause impulsive et déterminante des concessions réciproques, c'est-à-dire dans la volonté des parties³⁶⁶. Mais comme le relèvent Ph. MALAURIE, L. AYNES et P.-Y. GAUTIER, « malgré ces difficultés (de distinction), demeure un élément irréductible : pour qu'un contrat puisse être qualifié de transaction, il faut que la prestation de l'une des parties au moins consiste en la renonciation à une action en justice (demande ou défense), que celle-ci ait pour objet la reconnaissance ou la simple exécution d'un droit³⁶⁷. »³⁶⁸. La négociation entre la banque et son client, destinée à adapter le contrat à la nouvelle situation économique de ce dernier, ne s'inscrit pas dans cette logique. Les banques n'ont pas pour ambition de renoncer aux poursuites, mais simplement de permettre aux clients de payer leurs dettes dans le cadre d'un contrat aménagé. De surcroît, conformément à une règle générale d'interprétation, la renonciation ne se présume pas. Par conséquent, en cas d'incertitude sur le point de savoir si l'intention des parties était de renoncer à l'action, c'est la qualification d'avenant qui devrait être préférée. Nous convenons avec S. PELLET que le « risque d'erreur n'est pas acceptable lorsque l'enjeu est le droit d'agir en justice : la volonté de renoncer à un droit, fondamental qui plus est³⁶⁹, ne supporte pas le doute³⁷⁰. »³⁷¹. La conclusion de cet auteur paraît donc logique : « le doute profite à la qualification d'avenant. »³⁷².

³⁶⁵ F. J. J. Bigot de Preameneu, cité par X. Lagarde, in *Actualité de la transaction*, RDC 01/10/2004, p. 1028 s.

³⁶⁶ A. Ghozi, *La modification de l'obligation par la volonté des parties*, th. Paris II, LGDJ, 1980, préf. D. Tallon, n° 119-133. Sur ce point également, v. C. Boillot, préc., spéc. n° 784, n° 790 et n° 925.

³⁶⁷ Ex. : Cass. soc., 16 mai 2000, Bull. civ. V, n° 179 ; D., 2001. 273, n. C. Puigelier : « la rupture d'un commun accord d'un contrat à durée déterminée (...) a pour seul objet de mettre fin aux relations des parties ; elle ne constitue pas une transaction destinée à mettre fin, par des concessions réciproques, à toute contestation née ou à naître résultant de la rupture définitive du contrat de travail, et ne peut avoir pour effet, peu important les termes de l'accord, de priver le salarié des droits nés de l'exécution des contrats de travail. », cité par Ph. Malaurie, L. Aynès, P.-Y. Gautier.

³⁶⁸ Préc. n° 1104.

³⁶⁹ M. Bandrac, « L'action en justice, droit fondamental », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ?*, Mélanges en l'honneur de Roger Perrot, Dalloz, 1996, p. 1. T. Renoux, « Le droit au recours juridictionnel », JCP 1993, I, 3675, n° 1 : « S'il est en droit constitutionnel français un droit fondamental qui devrait dans un proche avenir trouver dans la Convention européenne des droits de l'homme une source d'inspiration, c'est bien le droit au recours juridictionnel ». v. aussi sur la question de « la transaction confrontée au droit d'accès au juge » : C. Boillot, *La transaction et le juge*, préf. P. Le cannu, Presses Universitaires de la faculté de droit de Clermont-Ferrand, LGDJ, 2003, n° 307 et s., p. 165 et s.

³⁷⁰ F. Dreiffus-Netter, « Renonciation », Rép. Civ. Dalloz, 1989, n° 39 : « La renonciation ne se présume pas ». Cette maxime constitue une maxime d'interprétation stricte qui s'impose au juge », cité par S. Pellet.

³⁷¹ S. Pellet, *L'avenant au contrat*, thèse Paris I nov. 2008, Ph. Stoffel-Munck (Dir.), n° 139.

³⁷² S. Pellet, préc. n° 140.

218. Au vu de toutes ces opinions, on peut conclure que les accords entre banques et clients entrent plutôt dans le cadre de l'avenant. Un autre argument vient corroborer cette assertion : dans la plupart des cas, seules les banques font des concessions, en accordant un nouvel échéancier de paiement au client. Il y a donc à la fois absence de concessions réciproques, et absence de litige. On est ainsi dans la logique de l'avenant, et la qualification de transaction doit donc en principe être rejetée. En effet, « modification de l'obligation et transaction procèdent de deux démarches différentes. Les sacrifices consentis, dans l'optique d'une modification, n'ont pas pour objet d'organiser l'extinction de la situation litigieuse, elles visent à sauvegarder le lien contractuel, par un aménagement de celui-ci, au gré des possibilités des parties. »³⁷³.

219. On le voit, les négociations entre banques et clients qui suivent l'incident de paiement ne semblent pas s'inscrire dans l'esprit de la transaction. Les parties en pareil cas souhaitent réaménager le contrat initial, en vue d'en faciliter l'exécution future. Elles ne souhaitent pas mettre fin à un litige, en renonçant au droit d'action. On se situe par conséquent sur un terrain purement contractuel. Le droit processuel n'entre pas en compte ici, les parties négociant librement. Il va sans dire qu'il ne paraît pas nécessaire d'exiger des garanties procédurales destinées à encadrer les pourparlers, même si on est conscient du fait que le client (surtout particulier) se retrouvera en situation de faiblesse face à son banquier. Le problème est de savoir s'il y a lieu de prévoir des garanties procédurales chaque fois que les parties négocient ou renégocient. La liberté contractuelle devrait rester la règle, le juge pouvant sanctionner ultérieurement les éventuels abus d'un contractant, puisque l'avenant ne conduit pas à renoncer au juge. La qualification d'avenant semble donc mieux correspondre à l'intention des parties, qui peuvent passer l'accord modifié par acte authentique.

Section 3 : LE REGIME DES ACCORDS OBTENUS

220. La qualification de l'accord en détermine le régime juridique et partant les effets (§ 1). La forme que prend l'accord mérite également d'être précisée (§ 2).

§ 1 – LES EFFETS DES ACCORDS

³⁷³ C. Boillot, préc. n° 925.

221. On distinguera les effets des accords modifiant un contrat de prêt (A) de ceux en matière de regroupement de prêts (B).

A- L'ACCORD MODIFIANT UN CONTRAT DE PRET

222. L'enjeu de la qualification de l'accord modifiant le contrat de prêt est important. En effet, le régime juridique de l'avenant (contrat de droit de droit commun) est différent de celui de la transaction. La transaction est un contrat particulier, qui produit des effets de nature processuelle. L'art. 2052 C. civ. lui confère en effet l'autorité de la chose jugée, ce qui rend irrecevables les demandes en justice ayant le même objet. La transaction a donc pour but de régler les litiges, d'où son caractère processuel. Il est ainsi possible à l'une des parties à la transaction de saisir par requête le président du tribunal de grande instance afin qu'il confère force exécutoire à la transaction, conformément à l'art. 1441-4 du CPC. Son caractère particulier explique également qu'il soit plus difficile de la résoudre. Le principe de la résolution³⁷⁴ de la transaction est certes admis, mais comme le relèvent des auteurs, « (...) les tribunaux hésitent parfois à la prononcer et préfèrent la stabilité du contrat à la renaissance du litige, soit que l'inexécution affecte une obligation qui n'est pas la contrepartie de la renonciation, soit que l'inexécution elle-même ne soit pas avérée, soit enfin que le retour au *statu quo ante*, c'est à dire la renaissance de l'action en justice, objet de la transaction, soit impossible. L'exception d'inexécution a également été admise. »³⁷⁵.

223. L'avenant - qualification de principe de ces accords - obéit au régime des contrats de droit commun. Cet acte modificateur ne semble en outre pas avoir d'autonomie par rapport au contrat initial dans lequel il va s'insérer. Comme l'écrit S. PELLET, « aussitôt que conclu, l'acte modificateur (l'avenant) disparaît : il épuise son objet en ajoutant, retranchant ou modifiant le contrat originel. Les clauses de l'avenant n'ont pas vocation à s'exécuter de

³⁷⁴ Sur le principe de la résolution de la transaction, Req., 26 juil. 1875, D. P., 76. I. 199 ; 24 janv. 1898, D.P., 99. I. 109 ; Paris, 20 sept. 1996, Dalloz Aff., 1997. 49 : « L'autorité de la chose jugée s'attachant à celle-ci n'empêche pas la partie qui se plaint de l'inexécution par l'autre partie d'une des obligations mises à sa charge par le protocole d'accord, de solliciter la résolution du contrat sur le fondement de l'art. 1184 C. civ. ».

³⁷⁵ Ph. Malaurie, L. Aynès, P-Y Gautier, Les contrats spéciaux, Cujas 2001, 14^e éd., n° 1131, p. 668.

manière autonome mais à s'incorporer à l'accord original. »³⁷⁶. Par conséquent, l'accord modificateur n'est pas susceptible d'être résolu pour inexécution, au cas où le client ne tient pas ses engagements. On ne devrait donc pas revenir au contrat initial en pareille hypothèse, à moins que les parties aient prévu une telle éventualité.

Il en irait autrement de la transaction, qui, contrairement à l'avenant, apparaît comme un contrat autonome par rapport au contrat ayant généré le litige, qu'elle ne modifie pas et qui n'opère pas novation des obligations qui y sont contenues³⁷⁷. En effet, on sait au moins depuis le milieu des années 1950 que la transaction n'opère pas novation³⁷⁸, sauf intention contraire des parties. « Pour une doctrine majoritaire³⁷⁹, la transaction étant un acte déclaratif d'un droit préexistant, elle est inconciliable avec la novation. »³⁸⁰. Il en résulte que, en cas de résolution de la transaction pour inexécution des obligations mises à la charge des parties, c'est sur le fondement du contrat initial que le juge devra régler le litige.

Quant à l'avenant, acte modifiant simplement le contrat initial, il n'emporte pas novation, sauf intention contraire des parties. Il en va autrement en cas de regroupement de prêts.

B- LE CAS DU REGROUPEMENT DES PRETS

224. Les accords réaménageant les dettes du débiteur en vue de les regrouper ont en principe un effet novatoire. Il arrive en effet que la négociation porte sur plusieurs prêts, dans le but de les regrouper en une seule dette pour le débiteur. Ces prêts sont dits « de restructuration ou de consolidation ». Le rachat de prêts, encore appelé regroupement³⁸¹ ou restructuration de prêts, consiste donc pour le client à monter un nouveau dossier, afin d'obtenir le regroupement de ses crédits en un seul. L'opération, qui se fait très souvent par le biais de sociétés intermédiaires chargées de négocier pour le compte de l'emprunteur, conduit en cas de succès à obtenir un seul crédit qui se substitue à l'ensemble des crédits compris dans

³⁷⁶ S. Pellet, thèse préc. n° 283, p. 273.

³⁷⁷ Com. 22 mars 2005, n° de pourvoi 02-21103, inédit.

³⁷⁸ Com., 1er févr. 1956: Bull. Civ. III, n° 51. Civ. 1^{re}, 25 févr. 1976, Bull. civ. I, n° 86. Civ. 1^{re}, 21 janv. 1997, D. 1997. Somm. 179, obs. L. Aynès, CCC. 1997, n° 62, obs. L. Leveneur.

³⁷⁹ L. Boyer, La notion de transaction, th. Toulouse 1947, n° 1100, p. 328 et s. ; R Merle, Essai de contribution à la théorie générale de l'acte déclaratif, th. Toulouse, 1948, p. 181 et s.

³⁸⁰ S. Neuville, préc. p. 39.

³⁸¹ Cette opération est expressément régie par l'art. L. 313-15 C. consom issu de la loi Lagarde du 1^{er} juillet 2010.

la restructuration. L'établissement de crédit qui propose le rachat de prêts doit au préalable obtenir l'accord des différents établissements prêteurs, qu'on ne peut contraindre à accepter un paiement anticipé par un tiers. Il se charge ensuite de leur règlement, en se faisant éventuellement subroger dans les sûretés que ces établissements ont prises. Les modalités de remboursement de la créance issue du regroupement sont fixées entre le « repreneur » et l'emprunteur. L'opération conduit à alléger les mensualités du client, grâce à un nouvel échéancier de remboursement plus long. Le nouveau crédit est ainsi remboursé sur une durée plus longue, mais les prélèvements du compte du client sont réduits. Cette technique bancaire peut par ailleurs contribuer à prévenir le contentieux de l'impayé, et même à le diminuer. En effet, l'allègement des mensualités du prêt est de nature à permettre à l'emprunteur de mieux faire face à l'exécution de ses obligations, notamment si ses revenus ont diminué. Il paiera sa nouvelle dette pendant une période plus longue, mais avec des mensualités adaptées. Les risques de défaillance sont ainsi diminués. En outre, cette technique peut conduire à une réduction du nombre de poursuites contre le client, ses différentes dettes ne donnant plus lieu à de multiples recours. Seule la nouvelle dette pourra générer du contentieux en cas de défaillance.

225. Pour ce type de convention, la jurisprudence³⁸² retient très souvent la qualification de novation, puisque la nouvelle dette remplace les dettes précédentes. Cette qualification semble constante lorsque le débiteur n'est pas en situation de surendettement. En effet, lorsque le regroupement de prêts a lieu dans le cadre du plan de surendettement, la Cour de cassation rejette l'effet novatoire, bien que certains juges du fond aient une position opposée³⁸³. Les spécificités de la procédure de surendettement justifient cette solution de la Haute juridiction. Les hauts magistrats font ainsi preuve d'une conception pragmatique de cette matière et adaptent la solution en fonction de la situation dans laquelle se trouve le débiteur.

On peut à présent s'interroger sur la forme que doivent avoir les accords obtenus.

§ 2- LA FORME DES ACCORDS

³⁸² Cass. 1^{re} civ., 2 mars 1999, n° 97-12.630.

³⁸³ Contre l'effet novatoire, Civ. 1^{re}, 20 mai 2003, RTD com. 2003, P. 576, obs. G. Paisant. Pour la novation, CA Orléans, 29 janv. 2004.

226. Les accords obtenus entre les banques et leurs clients se matérialisent par un document signé des parties. Le formalisme qui imprègne le droit de la consommation a également des incidences sur la modification des accords entre banques et clients non professionnels. La forme des accords obtenus n'est pas nécessairement la même lorsque le contrat initial porte sur un crédit immobilier (A), ou sur un crédit mobilier (B).

A- LA FORME DE L'ACCORD MODIFIANT UN CREDIT IMMOBILIER

227. Un débat juridique important est né au cours des années 1990, quant aux formalités entourant les accords modifiant les contrats de crédit immobilier. La Cour de cassation avait en effet décidé dans l'arrêt *Edouard*³⁸⁴ que les modifications des conditions d'obtention du prêt, notamment le montant ou le taux du crédit, devaient donner lieu à la remise à l'emprunteur d'une nouvelle offre préalable conforme aux dispositions de l'article L. 312-8 C. consom. relatif au crédit immobilier. Une application semble-t-il du parallélisme des formes. Par conséquent, même les avenants baissant le montant des intérêts se trouvaient ainsi frappés d'irrégularité. La solution posée par l'arrêt *Edouard* conduisait à prononcer la perte du droit aux intérêts conventionnels des banques, lorsque les juridictions étaient saisies. Cette solution était techniquement peu convaincante³⁸⁵. On comprend qu'elle ait été critiquée par la doctrine³⁸⁶. L'obligation initiale n'était en effet pas éteinte, et on comprenait mal pourquoi la modification du contrat de prêt immobilier devait s'accompagner d'une nouvelle offre préalable conforme à l'art. L. 312-8 C. consom. Il est donc logique que le législateur soit intervenu en 1999 pour préciser la forme que doit prendre l'accord de renégociation. En effet, la solution posée par la Cour de cassation paraissait choquante, en particulier dans les hypothèses où la négociation était favorable à l'emprunteur. La banque pouvait ainsi être

³⁸⁴ Cass. 1^{re} civ., 6 janv. 1998, n° 95-21.880, Bull. civ. I, n° 5, D. 1998, jur., p. 503, note Martin D.-R. ; RTD civ. 1998, p. 698, obs. Gautier P.-Y., JCP 1998, II, n° 10100, note Attard J.

³⁸⁵ Sur ce point, v. S. Pellet, thèse préc. n° 200 et s.

³⁸⁶ S. Becque-Ickowicz, Le parallélisme des formes en droit privé, préf. De P.-Y. Gautier, éd. Panthéon-Assas, Droit privé, 2004, n° 391, p. 293. F. Credot et Y. Gerard, obs. sous Civ. 1^{re}, 6 janvier 1998, RDBB 1998, p. 59. A. Gourio, « L'obligation de remettre une nouvelle offre préalable en cas de renégociation d'un prêt immobilier », JCP N 1998, p. 888. D. Mazeaud, obs. sous Civ. 1^{re}, 6 janv. 1998, p. 752. D. Mazeaud, S. Piedelièvre, « Crédit immobilier », Rép. civ. Dalloz, 2006, n° 97.

privée des intérêts du prêt, alors même qu'elle avait fait des concessions bénéfiques à l'emprunteur. Il pouvait en résulter une hésitation des établissements de crédit à renégocier les contrats de prêt, technique pourtant importante dans la résolution des difficultés du client à remplir ses obligations.

228. La loi régissant cette opération est désormais codifiée au code de la consommation, notamment en son article L. 312-14-1 qui traite de la renégociation de prêt, dans le cadre du crédit immobilier relevant de ce code³⁸⁷. D'après ce texte, « en cas de renégociation de prêt, les modifications au contrat de prêt initial sont apportées sous la seule forme d'un avenant. Cet avenant comprend, d'une part, un échéancier des amortissements, détaillant pour chaque échéance le capital restant dû en cas de remboursement anticipé et, d'autre part, le taux effectif global ainsi que le coût du crédit calculés sur la base des seuls échéances et frais à venir. Pour les prêts à taux variable, l'avenant comprend le taux effectif global ainsi que le coût du crédit calculés sur la base des seuls échéances et frais à venir jusqu'à la date de la révision du taux, ainsi que les conditions et modalités de variation du taux. L'emprunteur dispose d'un délai de réflexion de dix jours à compter de la réception des informations mentionnées ci-dessus. ». La solution posée par le législateur a le mérite d'être juste, et de promouvoir la renégociation des contrats de prêt en cas de difficultés d'exécution.

229. Il se posait par ailleurs le problème de l'application dans le temps de cette loi aux contrats en cours et aux renégociations intervenues avant l'entrée en vigueur du texte. L'article 115-II de la loi n° 99-532 du 25 juin 1999 a apporté une réponse à cette interrogation. D'après cette disposition, « sous réserve des décisions de justice passées en force de chose jugée, les renégociations de prêt antérieures à la publication de la présente loi sont réputées régulières au regard du neuvième alinéa de l'article L. 312-8 du code de la consommation, dès lors qu'elles sont favorables aux emprunteurs, c'est à dire qu'elles se traduisent soit par une baisse du taux d'intérêt du prêt, soit par une diminution du montant des échéances du prêt, soit par une diminution de la durée du prêt. ».

³⁸⁷ Sur ce point, v. A. Gourio, « Le nouveau régime des renégociations des prêts au logement », JCP N 1999, p. 1522. C. Jamin, « Du rôle créateur de la mondialisation et de quelques articles d'invalidation validante », RTD civ. 1999, p. 718. D. R. Martin, « De la renégociation de prêt ou le syndrome d'Edouard », RDBB 1999, p. 108. S. Piedelièvre, « Epargne et sécurité financière : les nouvelles dispositions relatives au crédit immobilier », Defrénois 2000, p. 143.

La Cour de cassation a mis en application cette solution dans un arrêt du 4 mars 2003³⁸⁸. Elle a décidé qu'il n'y a pas lieu à émission d'une offre préalable lorsque la renégociation du prêt n'a porté que sur la réduction du taux d'intérêt et qu'elle était donc favorable aux emprunteurs. La haute juridiction a précisé ultérieurement que le caractère plus favorable de la renégociation doit être apprécié en considération de tous les éléments sur lesquels elle a porté et pas seulement de ceux énumérés à l'art. 115-II de la loi du 25 juin 1999³⁸⁹. Il en découle qu'un avenant qui, bien qu'ayant modifié à la baisse le taux d'intérêt, mais également mis à la charge des emprunteurs une indemnité en cas de remboursement anticipé, alourdissant ainsi leurs obligations, aurait dû respecter les exigences prévues par l'art. L. 312-8. Il va sans dire que la notion de caractère favorable à l'emprunteur ne se limitait pas au montant du principal ou des intérêts de la dette négociée. L'appréciation au cas par cas de la notion de négociation favorable aux emprunteurs ne permettait pas d'avoir une certitude absolue quant à la forme de certains accords, notamment lorsque la modification était complexe. Il appartenait au juge de décider si elle était favorable à l'emprunteur, ce qui pouvait créer une insécurité juridique. C'est pourquoi S. PELLET a proposé de s'en tenir à « la nécessaire distinction des avenants et des révisions rompant le lien de droit initial. » L'auteur a considéré que « la jurisprudence devrait s'inspirer de la voie tracée par la loi du 25 juin 1999 et admettre que les renégociations, favorables ou défavorables à l'emprunteur, ne font pas *ipso facto* naître un nouveau contrat de prêt. La remise d'une offre préalable de crédit ne devrait donc jamais être exigée, sauf si les parties ont manifesté clairement leur intention de rompre la convention initiale pour la remplacer par un second accord. »³⁹⁰ Si cette solution avait le mérite d'être techniquement fondée, elle ne semblait pas assurer une protection de l'emprunteur en cas de négociation clairement défavorable à ce dernier. En pareil cas, l'envoi d'une nouvelle offre de crédit semblait constituer un gage de protection. La solution législative avait donc pour but d'assurer une protection de l'emprunteur, bien que techniquement, elle paraisse critiquable.

Ce débat semble désormais clos, les négociations antérieures à la loi du 25 juin 1999 étant en principe frappées du sceau de la prescription décennale de l'art. L. 110-4 C. com³⁹¹. Le contentieux des renégociations antérieures à la loi du 25 juin 1999 semble donc

³⁸⁸ Civ. 1^{re}, 4 mars 2003, Bull. civ. I, n° 63 ; JCP 2003. II. 10161, note Monachon-Duchêne; RTD civ. 2003. 521, obs. Gautier.

³⁸⁹ Civ. 1^{re}, 6 juill. 2004, Bull. civ. I, n° 202 ; D. 2004. AJ. 2498, obs. Rondey; JCP 2004. II. 10193, note Nicolas; JCP E 2004. 1642, note S. Piedelièvre; RTD com. 2004. 798, obs. D. Legeais.

³⁹⁰ S. Pellet, préc. n° 209.

³⁹¹ Civ. 1^{re}, 30 sept. 1997, Bull. civ. I, n° 262 ; Civ. 1^{re}, 4 mai 1999, CCC. 1999, n° 150, note G. Raymond; RTD com. 1999, p. 629, obs. J. Derrupé.

aujourd'hui éteint. Il va sans dire que conformément à l'art. L. 312-14-1 C. consom., c'est l'avenant qui constitue la forme des accords de crédit immobiliers renégociés, que la négociation soit favorable ou non à l'emprunteur.

Qu'en est-il en matière de crédit mobilier ?

B- LA FORME DE L'ACCORD MODIFIANT UN CREDIT MOBILIER

230. L'article L. 311-9 C. consom. aborde cette question dans le cadre de l'ouverture de crédit. D'après le premier alinéa de cette disposition, « lorsqu'il s'agit d'une ouverture de crédit qui, assortie ou non de l'usage d'une carte de crédit, offre à son bénéficiaire la possibilité de disposer de façon fractionnée, aux dates de son choix, du montant du crédit consenti, l'offre préalable est obligatoire pour le contrat initial et pour toute augmentation du crédit consenti ».

La Cour de cassation, quant à elle, a décidé en janvier 2000 qu'en matière de crédit à la consommation, toute modification du montant ou du taux d'un crédit précédemment accordé doit être conclue dans les termes d'une offre préalable comportant les mentions prescrites par l'art. L. 311-10 C. consom³⁹². Le défaut d'indication de celles-ci entraîne, en application de l'art. L. 311-33, la déchéance du droit aux intérêts pour le prêteur sur l'ouverture de crédit négociée. Il s'agissait dans cet arrêt de l'augmentation du montant d'une ouverture de crédit, opération *a priori* favorable à l'emprunteur, ce dernier n'étant pas tenu de faire usage du nouveau montant ainsi disponible. Mais « la lutte contre un endettement disproportionné par rapport aux ressources des débiteurs incite à condamner ces pratiques, en obligeant le banquier à satisfaire aux conditions posées par les dispositions relatives au crédit à la consommation, notamment en ce qui concerne la protection d'une éventuelle caution qui dispose ainsi d'une faculté de rétractation. »³⁹³.

231. Comme en matière de crédit immobilier, la question peut se poser de savoir si ces formalités doivent également être remplies en cas de réduction du montant du crédit accordé au consommateur, par exemple par une diminution du montant des intérêts prévus au contrat initial. La formulation d'une offre préalable conforme à l'article L. 311-10 C. consom. se justifie-t-elle encore, dès lors que la modification de la convention initiale profite au débiteur et à la caution éventuellement? L'attendu principal de la Cour de cassation, dans l'arrêt de la

³⁹² Civ. 1^{re}, 18 janv. 2000 : Bull. civ. I, n° 14; D. 2000. AJ. 134, obs. Rondey.

³⁹³ C. Rondey préc. p. 135.

première chambre civile du 18 janvier 2000, devrait conduire à répondre par l'affirmative à cette question. En effet, la Haute juridiction mentionne « toute modification du montant ou du taux d'un crédit précédemment accordé. ». Mais l'interprétation stricte de cette règle jurisprudentielle ne peut-elle pas conduire à des résultats contreproductifs en matière de protection du consommateur? Ce formalisme n'est-il pas en effet de nature à dissuader les banques de revoir à la baisse le montant des dettes de leurs clients lorsque ceux-ci ont des difficultés de paiement, de peur d'être déchués du droit aux intérêts au cas où une omission apparaîtrait dans le formalisme de l'article L. 311-10 ? Les hésitations des banques à renégocier le montant de la dette ne seraient-elles pas fatales aux clients qui pourraient être plongés dans le surendettement ? Toutes ces considérations devraient conduire à penser qu'en cas de diminution de la dette du débiteur, (montant du principal et/ou du taux du crédit), ou plus globalement lorsque la renégociation est favorable au débiteur, le formalisme de l'article L 311-10 n'est pas exigé. Un avenant au contrat initial précisant les nouvelles modalités de remboursement devrait être suffisant, comme c'est le cas en matière de crédit immobilier (art. L 312-14-1 C. consom.). Le mécanisme de l'art. 115-II de la loi du 25 juin 1999 devrait être étendu par la jurisprudence au crédit à la consommation, en attendant une intervention législative. La situation d'une éventuelle caution ne serait pas menacée en pareil cas, puisqu'elle bénéficie en principe de la réduction du montant de la dette principale, en raison du caractère accessoire du cautionnement.

232. Qu'en est-il lorsque la modification concerne la durée du contrat, comme c'est très souvent le cas en matière de négociation relative au crédit bancaire? Le banquier est-il tenu de respecter les modalités de l'offre préalable ? Il nous semble qu'un simple avenant au contrat devrait également suffire. En effet, le rééchelonnement profitant au client et à une éventuelle caution et n'aggravant pas leur endettement, la protection des débiteurs n'est aucunement affectée. La Cour de cassation avait décidé en ce sens avant l'intervention de la loi du 25 juin 1999, dans le cadre d'un crédit immobilier. Elle a, en effet, posé le principe selon lequel le prêteur n'est pas tenu de réitérer l'offre préalable de crédit « lorsque seule la durée du prêt est prolongée. »³⁹⁴. La solution nous semble transposable au crédit à la consommation. Cette position est confortée par une interprétation des termes de l'arrêt du 18 janvier 2000. Cette décision vise explicitement toute modification du montant ou du taux de crédit, ce qui suppose qu'elle ne concerne que ces deux aspects. Par conséquent, les autres

³⁹⁴ Civ. 1^{re}, 8 octobre 1996, D. affaires, 1251; Defrenois 1997, art. 36495, p. 229, note S. Piedelièvre.

hypothèses de modification ne devraient pas être soumises à la nécessité de l'offre préalable de l'art. L. 311-10 C. consom.

233. En pratique, les banquiers rencontrés dans le cadre de notre recherche nous ont affirmé qu'ils établissaient avec le client un document qu'ils qualifient d'avenant au contrat, lequel prévoit le nouvel échéancier de remboursement ainsi que les mensualités en découlant, en y associant la caution.

Mais lorsque les difficultés du débiteur le conduisent à se mettre sous un régime de protection, c'est le législateur qui définit le cadre des négociations.

Chapitre 2 : LA NEGOCIATION ORGANISEE

234. Très souvent, le client ne paie pas parce qu'il est dans l'impossibilité de le faire, du fait de son insolvabilité. Comme l'a révélé l'enquête typologique 2007 sur le surendettement réalisé par la Banque de France³⁹⁵, les situations de surendettement dit « passif » dû à une diminution des ressources consécutives à un accident de la vie (perte d'emploi, maladie, divorce...) demeurent largement majoritaires, se situant à 75%. La perte d'un emploi constitue le facteur dominant (32%) à l'origine des situations de surendettement à côté du divorce, de la séparation ou du décès du conjoint (17%). Cette enquête confirme par ailleurs l'analyse des causes du surendettement effectuée lors de deux précédentes enquêtes de 2001 et 2004.

S'agissant des entreprises, leurs défaillances en matière de remboursement des prêts s'expliquent essentiellement par des difficultés engendrant généralement l'ouverture d'une procédure collective. On peut donc dire que dans la majorité des cas, le débiteur est défaillant non pas parce qu'il ne veut pas, mais parce qu'il ne peut pas payer. En pareil cas, la loi met en place des cadres de négociation destinés à trouver un accord devant lui permettre de faire face à ses obligations. La recherche de cet accord se fait pour les particuliers et les ménages dans le cadre des procédures de surendettement (Section 1). S'agissant des entreprises, la négociation est régie par la législation relative aux procédures collectives (Section 2).

Section 1 : LES BANQUES ET LE TRAITEMENT DU SURENDETTEMENT

³⁹⁵Cette enquête est disponible à l'adresse suivante : http://www.banque-france.fr/fr/institut/telecharger/services/enquete_typo_2007_surendettement.pdf

235. La loi NEIERTZ³⁹⁶ a institué le 31 décembre 1989 un dispositif destiné à lutter contre le surendettement des particuliers et des ménages. En effet, le législateur entendait combattre l'exclusion sociale grâce à un certain nombre de mesures curatives dans un contexte marqué par un surendettement croissant des particuliers. Les modifications successives apportées à cette loi en 1995, 1998 (loi AUBRY), 2003 (loi BORLOO d'orientation et de programmation pour la ville et la rénovation urbaine), 2005 (nouvelle loi BORLOO du 18 janvier 2005) et 2006 (loi du 13 juillet) ont davantage affiné le dispositif, au point d'aboutir à une procédure de rétablissement personnel, destinée à apurer dans la mesure du possible le passif du débiteur surendetté, et par conséquent, à lui donner une nouvelle chance de repartir dans la vie. Le projet Lagarde de réforme du crédit à la consommation récemment adopté comporte également des dispositions relatives au traitement du surendettement³⁹⁷ notamment en son titre IV.

236. Si l'on s'en tient au droit positif, l'article L. 330-1 du code de la consommation pose la règle suivante : « la situation de surendettement des personnes physiques est caractérisée par l'impossibilité manifeste pour le débiteur de bonne foi de faire face à l'ensemble de ses dettes non professionnelles exigibles et à échoir. L'impossibilité manifeste pour une personne physique de bonne foi de faire face à l'engagement qu'elle a donné de cautionner ou d'acquitter solidairement la dette d'un entrepreneur individuel ou d'une société caractérise également une situation de surendettement. (...) ».

Dans ces hypothèses, le débiteur peut saisir la commission départementale du surendettement, autorité administrative³⁹⁸ instituée par la loi NEIERTZ, qui dès lors est habilitée à offrir un cadre de négociation aux parties. Les banques ont un intérêt particulier à

³⁹⁶ Certains juristes de banques rencontrés considèrent que l'institution de la commission de surendettement a conduit à plus de vigilance dans la distribution du crédit bancaire. Le débiteur est en effet placé sous un régime de protection lorsque son dossier est accepté par la commission de surendettement. Cela rend difficiles les mesures d'exécution à son encontre.

³⁹⁷ L'art. L. 331-3 (I) al. 2 C. consom. raccourcit de 6 à 3 mois le délai dont dispose la commission de surendettement pour décider de la recevabilité d'un dossier.

³⁹⁸ Le conseil d'Etat a, en effet, jugé qu'« aucune disposition (...) ne confère à cette commission (...) d'attributions de nature juridictionnelle » : CE, 18 juin 1997, Union fédérale des consommateurs « Que choisir » et autres, D. 1999. Lég. 231 et s. Par ailleurs, le dispositif actuel de traitement du surendettement a été critiqué. G. Paisant, après avoir salué au plan pragmatique l'œuvre des commissions de surendettement et leur capacité d'absorption des dossiers note en revanche que : « dans une vision plus juridique et plus théorique, l'actuelle procédure de traitement (...) donne l'impression d'une manifestation de justice au rabais ; une justice pour les pauvres... Le grief s'accroît si l'on sait que tout le travail des commissions est en réalité l'œuvre des secrétariats de la Banque de France dont la formation juridique reste aléatoire. Cette particularité renforce le traitement plus social que juridique des situations de surendettement des particuliers. C'est un choix délibéré du législateur. ». G. Paisant, « Les activités de règlement sans le juge : le cas du surendettement des particuliers », in *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, sous la direction de P. Ancel et M.-C. Rivier, Economica 2001, p. 82.

participer à la négociation, dans la mesure où celle-ci vise à permettre au débiteur d'avoir de meilleures chances de régler à terme sa dette. En outre, un acharnement judiciaire³⁹⁹ contre le débiteur peut paraître contreproductif pour deux raisons au moins. D'une part, une décision de justice peut difficilement remédier à l'insolvabilité du débiteur. D'autre part, on sait depuis la réforme Lagarde de juillet 2010 que « la décision déclarant la recevabilité de la demande emporte suspension et interdiction des procédures d'exécution diligentées à l'encontre des biens du débiteur ainsi que des cessions de rémunération consenties par celui-ci et portant sur les dettes autres qu'alimentaires. (...) »⁴⁰⁰.

En outre, conformément à l'art. L. 331-5 C. consom., « à la demande du débiteur, la commission (de surendettement) peut saisir, avant la décision de recevabilité visée à l'art. L. 331-3, le juge de l'exécution aux fins de suspension des procédures d'exécution diligentées à l'encontre des biens du débiteur ainsi que des cessions de rémunération consenties par celui-ci et portant sur les dettes autres qu'alimentaires. En cas d'urgence, la saisine du juge peut intervenir à l'initiative du président de la commission, du délégué de ce dernier ou du représentant local de la Banque de France. (...) ».

Par conséquent, une décision judiciaire condamnant le débiteur surendetté a très peu de chances d'être exécutée.

237. Il va sans dire que les banques doivent en amont se montrer suffisamment professionnelles en faisant preuve de vigilance lorsqu'elles dispensent des crédits, afin de limiter en aval les risques de mise en place d'un plan conventionnel de redressement de leurs clients. Au cas où la situation du client se dégrade considérablement, les banques courent en effet le risque de tout perdre, au cours de la procédure de rétablissement personnel.

Après une présentation du plan conventionnel de redressement (§ 1), on s'attardera sur sa nature juridique (§ 2) et sur sa forme (§ 3).

§ 1- LE PLAN CONVENTIONNEL DE REDRESSEMENT

³⁹⁹ Le droit du créancier a été reconnu, en l'absence de texte l'interdisant, de saisir le juge du fond au cours de la procédure de surendettement, en vue d'obtenir un titre exécutoire dont l'exécution sera différée pendant la durée du plan. Civ. 1^{re}, 7 janv. 1997, Bull. civ. I, n° 10, D. 1997. IR. 40.

⁴⁰⁰ Art. L. 331-3-1 C. consom.

238. Lorsque le débiteur personne physique non professionnelle remplit les conditions posées à l'article L. 330-1 du code de la consommation, la commission départementale de surendettement est habilitée à proposer un cadre de négociation devant permettre de régler la situation d'impayé qu'il connaît, au cas où elle est saisie. La mission première de cette commission consiste à faciliter la conclusion d'un accord entre le débiteur et ses principaux créanciers. Ainsi, conformément à l'article L. 331-6 du code de la consommation, « la commission a pour mission de concilier les parties en vue de l'élaboration d'un plan conventionnel de redressement approuvé par le débiteur et ses principaux créanciers. ». A ce stade, les banques ont un grand intérêt à participer à la conciliation, dans le but de trouver un accord permettant au client d'avoir de meilleures chances d'éponger sa dette. Elles peuvent ainsi être conduites à consentir un certain nombre de sacrifices qui constituent des moyens de sauvetage de leur client : report ou rééchelonnement des paiements, réduction ou suppression du montant des intérêts, consolidation, réduction du principal de la dette, création ou substitution de garantie...

Les banques pourraient ainsi renoncer à une partie de leur droits, dans l'espoir que les concessions effectuées permettront au client de payer sa dette de façon plus allégée, voire de redevenir solvable à terme. Le débiteur peut également être amené à faire des concessions de nature à faciliter la conclusion de l'accord. En effet, le législateur prend également en compte l'intérêt des créanciers, ce qui est de nature à faciliter la négociation. Ainsi, conformément à l'al. 3 de l'art. L. 331-6 C. consom., « le plan peut subordonner ces mesures à l'accomplissement par le débiteur d'actes propres à faciliter ou à garantir le paiement de la dette. Il peut également les subordonner à l'abstention par le débiteur d'actes qui aggraveraient son insolvabilité. ».

239. De façon plus précise, selon le paragraphe 3.2.1 de la circulaire du 24 mars 1999, « la commission peut inclure dans le plan la mise en vente amiable, au prix du marché, des résidences secondaires, véhicules automobiles non indispensables à l'activité professionnelle ou aux besoins de la famille, et valeurs mobilières, ou encore la réalisation de produits d'épargne. La réalisation des produits d'épargne demeure la règle de base. Ce n'est que dans des cas exceptionnels, et si cette réalisation devait entraîner des pénalités totalement disproportionnées par rapport à l'actif dégagé, que cette dernière pourrait être différée. Lorsqu'une telle opération apparaît possible et de nature à faciliter le traitement du dossier, le refus par le débiteur d'y procéder devrait être considéré comme un défaut de coopération et conduire à l'échec de la tentative de conciliation. ». On est ainsi dans l'esprit d'une

négociation. Le débiteur n'est donc pas nécessairement un acteur totalement passif au processus en cours devant la commission de surendettement.

Cette négociation peut également être favorisée par la possibilité pour les parties d'être assistées devant la commission par toute personne de leur choix. Le débiteur peut ainsi être assisté par un avocat ou un représentant d'une association de défense des usagers de banque devant l'aider à défendre ses intérêts. La connaissance des mécanismes juridiques par ces derniers peut être un atout dans la défense du débiteur et la conclusion d'un accord plus juste.

240. Par ailleurs, le secret des négociations prévu par l'art. L. 331-11 C. consom. sous peine de sanctions pénales (art. 226-13 code pénal) est de nature à contribuer à la transparence nécessaire à l'émergence d'un bon accord.

Il existe donc un ensemble de facilités législatives destinées à favoriser la conclusion d'un accord. Cet accord est matérialisé par un plan conventionnel de redressement qui prévoit les modalités de son exécution, et est en principe limité dans le temps à 8 ans⁴⁰¹.

241. Au cours de cette procédure, il appartiendra à chacune des banques, parties à la conciliation, de savoir défendre ses intérêts devant la commission face aux autres créanciers. En effet, comme lors de toute négociation⁴⁰², chaque partie cherchera à faire le moins de concessions possibles. Toutefois, il sera nécessaire à chacun des créanciers de lâcher du lest, si on veut parvenir à un accord matérialisé par un plan conventionnel de redressement. E. PERRU relève ainsi qu'« en pratique, les créanciers chercheront à connaître l'effort consenti par les autres créanciers afin de ne pas être plus sévèrement traités. Chaque créancier ne s'engage que parce que les autres s'engagent aussi, et en fonction de ce qu'ils acceptent⁴⁰³. C'est pourquoi, le conciliateur et la Commission de surendettement s'efforcent d'introduire au sein de la négociation un minimum de transparence⁴⁰⁴. A cette fin, une méthode efficace a été développée par les Commissions de surendettement. Chaque secrétariat a pris l'habitude de transmettre à tous les créanciers un projet de plan dans lequel apparaissent les aménagements de créances sollicités auprès de chacun. Cette méthode a le mérite d'une plus grande transparence dans les négociations et recueille, pour cette raison, la préférence des

⁴⁰¹ Art. L. 331-6 al. 4.

⁴⁰² Pour un aperçu pratique du déroulement des négociations, cf. E. Perru, L'impayé, LGDJ 2005, p. 142 et s. spéc. n° 157.

⁴⁰³ En ce sens, F. Pérochon et R. Bonhomme, *Entreprises en difficulté*, op. cit., sp. n° 73 ; C. Saint-Alary-Houin, *Droit des entreprises en difficulté*, op. cit., sp. n° 285.

⁴⁰⁴ A. Couret et alii, *Le traitement amiable des difficultés des entreprises*, op. cit., sp. n° 78 ; Y. Guyon, « La transparence dans les procédures collectives », *Petites affiches*, 21 avr. 1999, p. 8 et s.

établissements de crédit. Elle présente, en outre, l'avantage d'atténuer les réticences de certains créanciers qui hésitent à s'engager sans connaître les sacrifices demandés aux autres parties⁴⁰⁵. De même, la Commission évite généralement, lors de cette phase amiable, de traiter défavorablement un créancier en tenant compte de la connaissance qu'il pouvait avoir, lors de la conclusion du contrat, de la situation d'endettement du débiteur. En effet, pénaliser un créancier serait d'un point de vue stratégique peu judicieux, car cela risquerait de compromettre la conclusion même du plan conventionnel de redressement, au cours duquel prévaut la recherche du consensus⁴⁰⁶(...).»⁴⁰⁷.

Dans tous les cas, la perspective des mesures imposées par la commission en cas d'échec⁴⁰⁸ de sa mission de conciliation devrait fortement inciter les parties à trouver un accord.

On peut s'interroger sur le point de savoir quelle est la nature juridique de cet accord.

§ 2- LA NATURE JURIDIQUE DU PLAN CONVENTIONNEL

242. Le choix du terme « concilier » par le législateur à l'article L. 331-6 C. consom. est-il neutre ? Ou alors ce choix est-il un indicateur des conséquences pas uniquement contractuelles, mais également procédurales que devraient avoir les accords pouvant naître de la négociation ? La question de la nature juridique du plan conventionnel de redressement est ainsi posée, le législateur n'y ayant pas clairement répondu. Il a été jugé que le plan de surendettement a une nature conventionnelle⁴⁰⁹. Le tribunal d'instance d'Alençon, saisi dans le cadre d'une assignation en paiement par un créancier signataire du plan postérieurement à l'entrée en vigueur de celui-ci a dû se prononcer sur la nature juridique du plan. Le recours du créancier se fondait en effet sur le contrat initial le liant au débiteur, or ce dernier respectait les obligations issues du plan. Ainsi, d'après le jugement rendu dans l'affaire SA Cofica c/ X..., « le plan conventionnel ne constitue pas une transaction, n'opère pas de remise de dette

⁴⁰⁵ P.-L. Chatain et F. Ferrière, Surendettement des particuliers, op. cit., sp. n° 32.13 ; F. Rizzo, Le traitement juridique de l'endettement, th. Préc., sp. n° 97.

⁴⁰⁶ En ce sens, F. Rizzo, th. Précitée, sp. n° 109, note 275 ; P.-L. Chatain et F. Ferrière, Surendettement des particuliers, op. cit., sp. n° 32-14 [pour rejeter cette solution, ces derniers auteurs tiennent compte également du fait qu'il n'existe « aucun critère de pondération de responsabilité » permettant de traiter différemment les créanciers]. En revanche, cette possibilité offerte à la commission par l'article L. 331-7 du code de la consommation se justifie pleinement lorsque l'on se trouve en phase de mesures imposées.

⁴⁰⁷ E. Perru préc. n° 157.

⁴⁰⁸ Sur les mesures imposées, v. L. 331-7 C. consom.

⁴⁰⁹ TI Alençon, 28 sept. 1990 : D. 1992. Somm. 109, obs. Bouloc et Chatain.

ni novation au sens de l'article 1271 du Code civil ; dès lors on peut considérer le plan conventionnel comme un nouveau contrat *sui generis*, dérivé du contrat initial, portant sur des modalités d'exécution de celui-ci et qui suspend les effets du contrat initial et les dettes antérieures. ». Il s'agit donc d'un contrat conclu entre le débiteur surendetté et les créanciers signataires du plan. Mais des questions demeurent quant à la nature de ce contrat. Est-on ou non en présence d'une transaction ? La méthode par élimination adoptée par ce jugement paraît intéressante.

243. La qualification de transaction n'est pas retenue par le jugement du TI d'Alençon. Certains auteurs considèrent que l'exclusion de la transaction se justifie du fait de « l'absence de réelle réciprocité des concessions »⁴¹⁰. Comme le relève E. PERRU, « lorsque le débiteur signe un plan conventionnel de redressement, il n'abandonne aucun moyen de défense, aucune contestation. Il ne peut s'agir de concessions⁴¹¹, en l'absence de réels engagements du débiteur. »⁴¹². Pour Y. CHAPUT, « c'est un contrat à titre onéreux qui n'est ni réductible à une transaction, ni à une sentence arbitrale, ni à un jugement. »⁴¹³. Mais la question est discutée en doctrine.

244. S. NEUVILLE propose en effet la qualification de transaction au sens de l'article 2044 C. civ. D'après cet auteur, « traditionnellement, la doctrine considère que la conciliation permet d'aboutir soit à une abdication, soit à une transaction. Or, une lecture attentive de l'art. L. 331-6 du code de la consommation permet de retenir davantage l'idée de transaction. »⁴¹⁴. S. NEUVILLE affirme que la notion de concessions réciproques est sous-jacente à l'art. L. 331-6 C. consom. Pour lui, en posant la règle selon laquelle « le plan peut comporter des mesures de report ou de rééchelonnement des paiements des dettes, de remises de dettes, de réduction ou de suppression du taux d'intérêt », le législateur incite les créanciers à faire des concessions. S'agissant du débiteur, il peut lui être demandé d'accepter une consolidation, une création ou une substitution de garantie. On sait par ailleurs que d'après l'art. L. 331-6 C. consom., « le plan peut subordonner ces mesures à l'accomplissement par le débiteur d'actes propres à faciliter ou à garantir le paiement de la dette. Il peut également les subordonner à

⁴¹⁰ E. Perru, L'impayé, LGDJ 2005, p. 152.

⁴¹¹ Ce terme est défini comme l'« acte bilatéral ou unilatéral en vertu duquel une personne, le concédant, accorde à une autre, le concessionnaire, la jouissance d'un droit ou d'un avantage particulier ». G. Cornu, vocabulaire juridique, 8^e éd. PUF 2009, p. 196.

⁴¹² E. Perru, préc. p. 152.

⁴¹³ Y. Chaput, Surendettement des particuliers et des familles, J-Cl. Civ. art. 1905 à 1908, fasc. 10. 1990, n° 68.

⁴¹⁴ S. Neuville, « Le traitement planifié du surendettement. Réflexions sur la conciliation et la médiation, l'abdication et la transaction, les matières gracieuses et contentieuses », RTD com. 2001, p. 31 et s., sp. n°5.

l'abstention par le débiteur d'actes qui aggraveraient son insolvabilité. ». Se référant à l'argument de X. LAGARDE selon lequel « (...) la question des concessions réciproques concerne le contenu de la transaction et pas seulement les aspects procéduraux de cette dernière »⁴¹⁵, S. NEUVILLE déduit ainsi que le plan conventionnel de redressement a la qualification de transaction. Dans le même sens, G. PAISANT a considéré « si en effet, la transaction se caractérise par l'existence de concessions réciproques, ces dernières se retrouvent bien dans le règlement amiable où le créancier va consentir un abandon d'une partie de ses droits tandis que le débiteur se verra ordinairement contraint d'observer un certain nombre de mesures destinées à faciliter ou garantir le paiement de ses dettes, ou encore, à ne pas altérer le montant de son passif (c. consom. art. L. 331-6) »⁴¹⁶. L'auteur cite des décisions des juridictions du fond assimilant le plan de surendettement à une transaction⁴¹⁷. Mais G. PAISANT semble proposer une décennie plus tard une autre qualification : « Sans doute un contrat d'adhésion *sui generis* dès lors qu'on rejette aussi la qualification de transaction. »⁴¹⁸.

245. On ne peut donc totalement exclure la notion de concessions réciproques dans le cadre du plan conventionnel de redressement. Il va sans dire que la discussion sur la qualification de transaction ne peut totalement être écartée. Mais le cadre précontentieux dans lequel se déroulent les négociations n'incline-t-il pas à se situer sur un terrain exclusivement contractuel? En effet, l'existence de concessions réciproques n'est pas suffisante pour caractériser la transaction. La condition première est qu'il y ait litige. De la même manière que le litige est la condition du procès, il est l'élément fondamental d'une transaction, qui implique renonciation à l'action en justice. Mais dans le cadre du plan, les parties ne visent-elles pas, à travers la négociation, à réaménager le contrat, et par conséquent à trouver un accord collectif réglant le différend né de l'impayé afin de permettre au débiteur d'avoir de meilleures chances d'exécuter ses obligations? La réponse à ces questions n'est pas simple, dès lors que la frontière entre le différend et le litige n'a pas un caractère étanche, la césure

⁴¹⁵ X. Lagarde, « Transaction et ordre public », D. 2000, chron., p. 217 et s., sp. n° 10 et 11. cf. également Ch. Jarrosson, « Les concessions réciproques dans la transaction », D. 1997, Chron. 267 et s. Ces auteurs complètent la conception du mécanisme de la transaction tel que conçu par le doyen L. Boyer in : La notion de transaction (contribution à l'étude des concepts de cause et d'acte déclaratif), Sirey, 1947, préf. J. Maury. Rép. civ. Dalloz, v° Transaction, par L. Boyer, n° 20 et s.

⁴¹⁶ RTD com. 1994, p. 111 obs. G. Paisant

⁴¹⁷ Cour d'appel d'Agen (ch. Soc. 19 mai 1992, juris-data n° 048828; Cour d'appel de Nancy (2e ch. Civ., 12 mars 1993, Chartogne c/ Cetelem, inédit).

⁴¹⁸ RTD com. 2003, p. 577, obs. G. Paisant.

n'étant pas parfaite. En pareil cas en effet, les éléments juridiques du litige sont présents, dans la mesure où la défaillance du débiteur dans l'exécution de ses obligations peut conduire les créanciers à saisir le juge. Les créanciers, bien que participant à la procédure de surendettement ont ainsi la possibilité d'obtenir un titre exécutoire. Mais l'intention des parties est-elle de conclure une transaction ? Souhaitent-elles régler un litige et ainsi renoncer à l'action en justice ? Il est fort probable de considérer qu'en participant aux négociations, les créanciers ont conscience du fait qu'il s'agit d'une étape précédant la saisine éventuelle du juge, ce dernier pouvant être sollicité à l'étape suivante, soit que la négociation ait échoué, soit que le débiteur n'ait pas respecté les obligations issues du contrat réaménagé. En pratique, les banquiers, rencontrés dans le cadre de l'étude sur l'évolution du contentieux de l'impayé, nous ont affirmé qu'ils n'intentaient pas de recours judiciaire lorsque le client était en procédure de surendettement. Pour les banquiers, l'étape du plan conventionnel appartient à la phase précontentieuse, et est donc antérieure au litige. Par conséquent, on peut raisonnablement penser que les parties ne se considèrent pas psychologiquement en litige dans le cadre des négociations menées par la commission de surendettement. Le litige est certes défini comme un « différend présentant un caractère juridique », mais ce concept renvoie également à une posture psychologique des parties. Dès lors que les contractants ne se considèrent pas comme étant véritablement au stade du litige, la qualification de transaction doit par conséquent être exclue. On est donc en présence d'une modification du contrat relevant du précontentieux, qui obéit au régime du droit contractuel et n'a pas de conséquence d'ordre processuel.

246. Par ailleurs, la question peut également se poser de savoir si la qualification du plan devrait être différente selon les concessions faites entre chacun des créanciers et le débiteur. Autrement dit, un même acte signé par un débiteur et plusieurs créanciers peut-il avoir des qualifications différentes pour chaque partie en fonction de son contenu et de la volonté des parties ? Ou alors, doit-on avoir une qualification unique à un acte, bien que son contenu diffère de façon plus ou moins importante du contrat initial signé avec chacun des créanciers, et bien que le résultat de la négociation ainsi que ses objectifs ne soient pas nécessairement les mêmes pour tous ? Ne peut-on pas considérer que la qualification se fera au cas par cas, en fonction du contenu de l'acte pour chacun des créanciers, en fonction du degré de réciprocité des concessions et de la volonté animant les parties ?

247. Dans l'absolu, la qualification devrait se faire en appréciant chaque accord intervenu dans le cadre des négociations, après comparaison entre ce résultat et le contrat initial liant les parties, en tenant compte de l'intention qui animait ces dernières. La comparaison permettrait de mesurer l'étendue des concessions réciproques. Il serait ensuite important de déterminer s'il y a ou non litige, et par conséquent si l'intention des parties était de conclure une transaction ou simplement un avenant au contrat initial. Mais un même acte peut-il avoir plusieurs qualifications différentes ? Autrement dit, le plan conventionnel de redressement peut-il avoir des qualifications différentes pour chacun de ses signataires ? Dans cette hypothèse, quelle serait la qualification s'imposant au débiteur ? Les impératifs de sécurité juridique (pour le débiteur en particulier dont la situation difficile a suscité la mise en place de cette procédure de surendettement) et la volonté législative d'un accord collectif ne devraient-ils pas conduire à retenir une qualification unique au plan, bien qu'il soit signé par plusieurs parties ayant chacune négocié différemment ? C'est probablement ce pragmatisme juridique qui a conduit la juridiction d'Alençon - dont le jugement qui n'a pas été remis en cause par une juridiction supérieure semble être à ce jour le plus explicite sur cette question - à rejeter la qualification de transaction. Sur ce fondement, la solution ne peut être qu'approuvée. Elle préserve en effet à la fois les intérêts des créanciers ayant fait des concessions devant contribuer à sortir le débiteur du surendettement, et la sécurité juridique de ce dernier. En outre, la solution du TI d'Alençon paraît conforme à la distinction entre le précontentieux et le contentieux. En effet, la négociation du plan se déroulant dans une phase précontentieuse (antérieure au litige), la qualification de transaction ne saurait être retenue. C'est l'existence du litige et la volonté de le régler par des concessions réciproques, en renonçant à l'action en justice qui conduit à retenir la qualification de transaction. La commission de surendettement intervient en amont d'une éventuelle saisine du juge, pour permettre aux parties de trouver un accord réglant le différend né de l'impayé. Elle travaille ainsi dans un cadre précontentieux, les parties étant au stade du différend. Le plan conventionnel de redressement vise en effet à trouver un accord permettant au débiteur de payer sa dette, grâce à un réaménagement du contrat, suivant des modalités adaptées à sa situation. Le litige ne paraît pas encore véritablement cristallisé dans le cadre de la négociation menée par la commission de surendettement. A cette étape, on n'est pas rendu au stade du contentieux, qui se traduit par un ensemble d'oppositions de prétentions juridiques soumises à des juridictions devant les trancher par des décisions. Les parties cherchent en effet, sous l'instigation de la commission de surendettement à régler conventionnellement le différend né de l'impayé, grâce à un accord négocié. Le but n'est pas de trancher un litige,

mais de trouver de nouvelles modalités permettant au débiteur d'exécuter le contrat. Comme le relèvent deux juristes théoriciens, notamment OST et VAN DE KERCHOVE, si un litige naît c'est que les parties « ont accepté de placer leur conflit sur le seul terrain du droit » et qu'« elles ont été amenées, à la fois, à radicaliser l'opposition de leurs prétentions respectives... (et) à réduire l'ampleur du conflit à ses seules dimensions juridiques plutôt que de le maintenir dans toute sa complexité psychologique et sociale. »⁴¹⁹. Telle n'est pas l'intention des parties, et des banques en particulier, qui préfèrent trouver un accord dans le cadre du plan conventionnel de redressement, évitant ainsi de transformer les défaillances du débiteur en litige. Il va sans dire qu'en négociant, les contractants ne sont pas au stade du contentieux, puisque dans leur esprit, le litige ne semble pas cristallisé. La distinction opérée par A. JEAMMAUD entre conflit différé et litige trouve ici sa pertinence, les parties étant, à l'étape du conflit ou du différend découlant des incidents de paiement, dans une phase précontentieuse de leurs rapports sociaux. Cette phase est régie par le droit des contrats, et il est donc logique que le droit positif écarte la qualification de transaction, pour retenir celle d'un contrat *sui generis*.

248. Par ailleurs, la possibilité offerte au créancier de saisir les juridictions du fond afin d'obtenir un titre exécutoire pendant le cours de la procédure de surendettement semble confirmer l'exclusion de la qualification transactionnelle, s'agissant du plan conventionnel de redressement⁴²⁰. L'existence d'une transaction aurait en effet rendu l'action du créancier potentiellement irrecevable, du fait de l'autorité de la chose jugée attachée à cet acte. La décision judiciaire pouvant en effet intervenir après la conclusion du plan.

Il serait souhaitable que le législateur intervienne en la matière, pour sinon clore le débat sur la nature juridique du plan, du moins préciser le sort des cautions et coobligés suite à la conclusion du plan conventionnel de redressement, comme il l'a fait en matière de conciliation, de sauvegarde et de redressement judiciaire.

249. On notera enfin, et à titre subsidiaire, que la qualification de novation s'agissant du plan conventionnel est logiquement écartée, car elle ne se présume pas. La jurisprudence s'est prononcée sur cette question. Après quelques décisions contradictoires⁴²¹ de juridictions du fond, la Cour de cassation⁴²² a répondu par la négative à la question de savoir si le plan

⁴¹⁹ cités par A. Jeammaud, « Conflit, différend, litige, Droits », n° 34, Les mots de la justice, PUF, 2002, p. 20.

⁴²⁰ Civ. 1^{re}, 7 janv. 1997, Bull. Civ. I, n° 10; D. 1997. IR. 40.

⁴²¹ En faveur de l'effet novatoire, Paris 3 juin 1999 et Versailles 5 mai 2000, RTD com. 2000. 735 ; contre l'effet novatoire, TI Alençon, 28 sept. 1990, préc.

⁴²² Civ. 1^{re}, 20 mai 2003, Bull. civ. I, n° 122; RTD com. 2003. 576, obs. Paisant; RDC 2003. 174, obs. Grimaldi.

conventionnel de redressement a un effet novatoire. Elle décide ainsi dans l'arrêt CRCAM Loire-Atlantique c/ Klauer que la novation ne se présument pas, elle doit résulter clairement des actes ; un réaménagement de la dette pour l'exécution d'un plan conventionnel de redressement ne suffit pas à le caractériser. Par cette décision, la Haute juridiction a cassé un arrêt qui déclarait éteint, du fait de la novation intervenue, le cautionnement hypothécaire garantissant un prêt, suite au réaménagement conventionnel se traduisant par la substitution de deux crédits nouveaux à l'ensemble des engagements antérieurs du débiteur. Par ailleurs, selon une solution dégagée dès la fin du 19^e siècle par la Cour de cassation, pour une novation par changement d'obligation, « il ne suffit pas d'augmenter ou de diminuer la dette, de fixer un terme plus long ou plus court (...) à moins que les parties n'expriment une intention contraire. »⁴²³.

250. Le plan conventionnel de redressement semble donc s'inscrire dans le registre des accords que le doyen Jean CARBONNIER a qualifié de « conventions simplement modificatives d'une obligation préexistante, sans effet extinctif ni créateur. »⁴²⁴. On se situe en effet dans le prolongement de l'accord initial, et non dans une création ex nihilo. C'est l'accord de base qui sert de fondement et de repère à la négociation. L'accord négocié est en quelque sorte « dérivé » de l'accord initial, si l'on veut le décrire avec des termes de mathématicien. La solution a le mérite de permettre aux créanciers participant au plan et fournissant des efforts favorables au débiteur en difficulté de ne pas subir les inconvénients d'une requalification du plan en novation, par exemple en perdant les sûretés qui garantissaient les prêts initiaux.

251. En somme, le plan conventionnel de redressement n'est donc pas une transaction, et n'opère pas novation. Mais quel est le régime juridique du plan conventionnel de redressement?

§ 3- LE REGIME JURIDIQUE DU PLAN CONVENTIONNEL DE REDRESSEMENT

252. On étudiera les effets du plan conventionnel de redressement (A), avant d'en déterminer la forme (B).

⁴²³ Req. 8 nov. 1875, DP 1876. 1. 438 ; S. 1876. 1. 102.

⁴²⁴ J. Carbonnier, tome IV, n° 136, 9^e éd., Théorie juridique (a) in fine, cité par A. GHOZI in La modification de l'obligation par la volonté des parties, LGDJ, 1980, p. 4.

A- LES EFFETS DU PLAN CONVENTIONNEL DE REDRESSEMENT

253. Le plan conventionnel de redressement modifie la convention initiale liant le débiteur à la banque. L'exécution du contrat de prêt se fait désormais conformément aux stipulations du plan. La qualification de contrat *sui generis* du plan conventionnel de redressement lui confère par ailleurs des effets particuliers à l'égard de la caution. La Cour de cassation décide ainsi, dans l'arrêt *Cambus c/ Société générale*, que « malgré leur caractère volontaire, les mesures consenties par les créanciers dans le plan conventionnel (...) ne constituent pas eu égard à la finalité d'un tel plan, une remise de dette au sens de l'art. 1287 C. civ. »⁴²⁵. Par conséquent, elles ne bénéficient pas à la caution⁴²⁶. Cette solution, contraire aux conclusions de l'avocat général J. SAINTE-ROSE, a été reprise ultérieurement par la Haute juridiction⁴²⁷. On peut également en déduire que la Cour de cassation ne retient pas la qualification de transaction. En effet, si l'on se réfère à la jurisprudence, un tel acte devrait en principe bénéficier à la caution⁴²⁸, ce qui n'est pas le cas en l'espèce. De même, en cas de transaction, les cautions devraient être tenues non de la dette initiale, mais de celle issue du plan en raison du caractère accessoire du cautionnement⁴²⁹.

254. Les travaux préparatoires de la législation sur le surendettement semblent indiquer que le législateur n'avait pas entendu faire bénéficier à la caution les mesures contenues dans le plan. En effet, comme le relève un auteur, « lors des débats à l'Assemblée nationale, la question avait été soulevée et, il fut répondu que « les mesures d'aménagement

⁴²⁵ Civ. 1^{re}, 13 nov. 1996, Bull. civ. I, n° 401 ; D. 1997. 141, concl. Contraires Sainte-Rose et note Moussa ; D. 1997. Somm. 178, obs. D. Mazeaud ; RTD civ. 1997. 190, obs. Crocq ; JCP 1997. I. 4033, n° 7, obs. Simler ; JCP E 1997. II. 903, note D. Legeais ; Gaz. Pal. 1997. 2. Somm. 189, obs. Piedelièvre ; Defrénois 1997. 292, note Aynès ; Petites affiches 31 janv. 1997, p. 15, note Aynès.

⁴²⁶ La Cour de cassation a également jugé qu'une clause du plan conventionnel, stipulant que les modalités d'apurement consenties au débiteur principal bénéficient également à la caution, est inopposable à un créancier qui n'a pas signé le plan (Civ. 2^e, 6 mai 2004 : Bull. civ. II, n° 222 ; RTD com. 2004. 621, obs. Paisant). Cette décision est logique, dans la mesure où le plan, comme toute convention, a un effet relatif (art. 1134 C. civ.). Par conséquent, il n'engage pas les créanciers ne l'ayant pas signé.

⁴²⁷ Civ. 1^{re}, 3 mars 1998, Bull. civ. I, n° 82 ; D. 1998. 421, concl. Sainte-Rose ; JCP 1998. II. 10117, note S. Piedelièvre ; RTD civ. 1998. 442, obs. Crocq.

⁴²⁸ En sens contraire, cf. S. Neuville. Cet auteur considère que le plan conventionnel a une nature transactionnelle, et « éteint le droit d'action du créancier contre le débiteur et non pas contre la caution. » S. Neuville, préc. p. 38.

⁴²⁹ Com., 9 nov. 1970, Bull. Civ. IV, n° 296.

financier du débiteur principal n'ont pas à bénéficier à la caution »⁴³⁰ »⁴³¹. L'auteur cite également un rapport de la Cour de cassation d'après lequel si l'insolvabilité du débiteur venait à se réaliser, faire bénéficier la caution des allègements obtenus par le débiteur équivaudrait « à priver le créancier de la garantie sans laquelle il n'aurait pas accordé le crédit. »⁴³². Le caractère accessoire du contrat de cautionnement semble remis en cause par cette solution, mais on relève également qu'il faut admettre – pour que soit sauvegardée la raison d'être de ce contrat – que le caractère accessoire du cautionnement ne joue pas « quand la cause d'extinction de la créance principale trouve exclusivement son origine dans l'insolvabilité même du débiteur principal. »⁴³³.

255. La solution posée par la jurisprudence présente certes l'avantage d'inciter les créanciers à faire des concessions dans le cadre du plan mais elle présente un inconvénient pour la caution, qui sera tenue de payer la totalité de la dette. On imagine bien qu'une fois la dette payée, la caution se retournera contre le débiteur pour se faire rembourser ce qu'elle a payé, dans le cadre des recours prévus par les art. 2305 et 2306 C. civ. Dans le cas d'espèce, c'est par le recours personnel de l'art. 2305 C. civ. qu'elle essayera d'obtenir le remboursement intégral. A cet effet, la Cour de cassation a précisé que la mesure de réduction prévue à l'égard du débiteur surendetté par l'art. L. 331-7, (4°) C. consom. ne s'applique pas à la créance de la caution qui a payé⁴³⁴. Le recours de la caution peut compromettre le succès du plan, puisque le débiteur devra tenir ses engagements face à la caution, non pour le montant négocié avec le créancier dans le cadre du plan conventionnel, mais pour le montant initial de la dette désormais due à la caution.

De plus, les créanciers munis d'un cautionnement et ayant fait des concessions financières dans le plan récupéreront la totalité de leur créance à la caution. D. MAZEAUD note à ce propos qu'« en termes de politique juridique, il est probable que le déclin de la protection des cautions que cet arrêt emporte, s'accompagnera d'un regain de succès pour les plans conventionnels de redressement car on peut penser que les créanciers seront d'autant

⁴³⁰ JOAN, CR, p. 3939, cité par C. Philippe.

⁴³¹ C. Philippe, sous Civ. 1^{re}, 15 juill. 1999, D. 2000. 590.

⁴³² Rapport de la Cour de cassation, La Doc. fr. 1997, p. 311 s. Dans le même sens, M. Cabrillac et C. Mouly, Droit des sûretés, Litec, 5^e éd., 1999, n° 157 ; P.-L. Chatain, F. Ferrière, obs. D. 1996, somm. p. 77 ; P. Crocq, RTD civ. 1998, p. 422.

⁴³³ M. Farge, X. Pin, sous Civ. 1^{re}, 13 nov. 1996, RJ com. 1997, p. 244 s.

⁴³⁴ Civ. 1^{re}, 15 juill. 1999, Bull. civ. I, n° 248 ; D. 2000. 589, note Philippe ; JCP 1999. II. 10196, note S. Piedelièvre ; JCP E 1999. 1925, note D. Legeais ; Defrénois 1999. 1336, obs. D. Mazeaud ; RTD civ. 1999. 877, obs. Crocq. Cf. également : Civ 1^{re}, 28 mars 2000 : Bull. civ. I, n° 107 ; D. 2001. Somm. 699, obs. Aynès. RD imm. 2000. 379, obs. Théry.

plus enclins à faire des cadeaux à leurs débiteurs qu'en définitive il ne leur en coûtera rien. »⁴³⁵. Mais cette hypothèse est atténuée dans la pratique, par le fait qu'« en général, chaque plan comporte une clause stipulant que les créanciers s'engagent à ne pas poursuivre les cautions durant toute la durée d'application du plan dès lors que le débiteur respecte ses obligations définies par le plan. Aucun texte ne prévoit cette clause mais son insertion dans le plan, son acceptation et son respect constituent, à l'évidence, l'une des conditions essentielles de succès du plan... D'ailleurs, l'interdiction de poursuivre la caution en cas d'acceptation du plan a paru tellement évidente au législateur qu'il n'a pas jugé utile de la prévoir expressément. En témoigne le fait, rappelé par l'avocat général dans ses conclusions, qu'au cours des travaux préparatoires de la loi du 31 déc. 1989, un amendement « interdisant au créancier qui participe à la mise en place d'un plan de redressement prévu par la loi de poursuivre, dans le même temps, la caution en justice a été retiré » après que le rapporteur et le président de la commission des lois de l'Assemblée nationale ont observé « que l'accord donné au plan de redressement emportait déjà naturellement la renonciation à la poursuite judiciaire de la caution » (Rapport n° 1049 de la commission de lois de l'Assemblée nationale, p. 66). »⁴³⁶.

256. Par ailleurs, on sait depuis la loi du 29 juillet 1998 modifiée par la loi Lagarde de juillet 2010 qu'en cas de cautionnement, la Commission informe la caution de l'ouverture de la procédure de surendettement [art. L. 331-3 (II) al. 4]. La caution peut ainsi faire connaître par écrit ses observations à la Commission. L'idéal serait de l'associer au plan comme le note D. LEGEAIS⁴³⁷, si on veut éviter les inconvénients de la solution jurisprudentielle.

Il n'est pas certain qu'une intervention législative irait dans un sens identique à celui pris par le législateur en matière de conciliation ou de sauvegarde dans le cadre des procédures collectives, lequel est contraire à la solution jurisprudentielle en matière de plan de surendettement. Les impératifs de lutte contre l'endettement excessif des particuliers pourraient en effet justifier une solution législative similaire à celle de la jurisprudence, les exigences en matière de procédures collectives n'étant pas exactement les mêmes que dans le cadre du surendettement. Dans un cas, il est question de promouvoir le crédit aux entreprises, et par conséquent de soutenir les cautions ; dans l'autre, il faut éviter l'endettement excessif soutenu par un cautionnement.

⁴³⁵ D. 1997. somm. 179, obs. D. Mazeaud.

⁴³⁶ D. 1997. jur. 145, obs. T. Moussa.

⁴³⁷ D. Legeais, Sûretés et garanties du crédit, 2^e éd. LGDJ 1999, n° 227 bis.

257. S'agissant des sanctions de l'inexécution du plan, l'art. R. 331-17 du code de la consommation prévoit que le plan conventionnel « mentionne qu'il est de plein droit caduc quinze jours après une mise en demeure restée infructueuse, adressée au débiteur d'avoir à exécuter ses obligations (...) ». La mise en demeure doit avoir la forme précisée par le plan. L'absence de réponse du débiteur entraîne la caducité de plein droit de l'accord. Cette caducité peut être invoquée par chacun des créanciers signataires de l'accord. Ces derniers peuvent dès lors poursuivre le débiteur pour la totalité de leurs créances initiales. L'obligation initiale subsiste en effet, du fait de l'absence de novation du plan. La défaillance du débiteur entraîne donc la remise en cause totale du plan obtenu dans le cadre de la procédure de surendettement. Le débiteur peut également être sanctionné d'une déchéance du bénéfice des dispositions du plan conformément à l'art. L. 333-2 C. consom. Ce sera par exemple le cas s'il a aggravé son insolvabilité au cours du plan, en souscrivant de nouveaux emprunts ou en procédant à des actes de disposition de son patrimoine au cours de la procédure.

B- LA FORME DU PLAN CONVENTIONNEL DE REDRESSEMENT

258. Des arguments existent en faveur de l'application du formalisme de l'art. L. 312-14-1 C. consom. aux accords obtenus suite aux négociations avec des débiteurs surendettés. En effet, il est possible de soutenir que le texte de cette disposition ne distinguant pas selon que le débiteur est surendetté ou non, on ne saurait lui donner une interprétation qui n'est pas conforme à sa lettre. Mais l'inconvénient de cette solution est d'alourdir la procédure de surendettement.

C'est pourquoi les spécificités du plan de redressement conventionnel doivent conduire à une application souple du formalisme de l'art. L. 312-1-4 et plus largement des exigences formelles de modification des contrats. Ces spécificités avaient d'ailleurs conduit la Cour de cassation à décider que les dispositions de l'article L. 312-8 C. consom. ne s'appliquent pas en cas de surendettement⁴³⁸. On est en effet dans le cadre d'un droit spécial, qui devrait s'accompagner d'un formalisme particulier faisant la part belle à l'objectif visé par le législateur à travers la procédure de surendettement, qui est de favoriser la conclusion d'un accord devant permettre au débiteur de bonne foi d'apurer sa dette. Par conséquent, le formalisme de l'article L. 312-1-4 C. consom. ne devrait pas connaître une application stricte

⁴³⁸ Civ. 1re, 4 oct. 2000, Mlle Burkhadt c/ Trésor public et a., Bull. civ. I, n° 237.

en cas de surendettement. En effet, les exigences formelles ne doivent pas compromettre l'objectif initial du texte relatif au surendettement. Au plan formel, l'art. R 331-16 du code de la consommation précise simplement que « le plan conventionnel de redressement est signé et daté par les parties ;(...)». On peut en déduire qu'aucune exigence particulière n'est posée quant à la forme que doit prendre l'accord obtenu.

Qu'en est-il lorsque la négociation collective porte sur des dettes dues par des entreprises ?

Section 2 : LA NEGOCIATION EN MATIERE DE PROCEDURES COLLECTIVES

259. Le législateur prévoit des mécanismes de facilitation d'une négociation entre le débiteur en difficulté et ses créanciers, dans le cadre du mandat ad hoc ou de la conciliation (§ 1). Les établissements de crédits, principaux bailleurs de fonds des entreprises sont au premier chef concernés par la négociation. On peut s'interroger sur la nature juridique de l'accord obtenu (§ 2).

§ 1- LA RECHERCHE D'UN ACCORD DANS LE CADRE DU MANDAT AD HOC OU DE LA CONCILIATION

260. Lorsqu'une entreprise connaît des difficultés relatives au remboursement de ses dettes, le législateur prévoit des procédures devant lui permettre de trouver un accord négocié avec ses créanciers. C'est en ce sens que l'un des principaux objectifs de la réforme des procédures collectives issue de la loi du 26 juillet 2005 a été de permettre une intervention très en amont du tribunal, dans la détection et le traitement des difficultés des entreprises. Le droit antérieur prévoyait une procédure de règlement amiable ouverte sous deux conditions cumulatives: outre l'absence de cessation des paiements, l'entreprise devait « éprouver une difficulté juridique, économique ou financière ou des besoins ne pouvant être

couverts par un financement adapté (à ses possibilités). »⁴³⁹. Certains auteurs en déduisaient que les besoins de l'entreprise devaient être « suffisamment sérieux »⁴⁴⁰ pour justifier le déclenchement de la procédure de règlement amiable.

L'art. L. 611-2 C. com., issu de la loi du 26 juillet 2005 (modifiée par l'ordonnance 2010-1512 du 9 décembre 2010), donne la possibilité au président du tribunal de commerce⁴⁴¹ de convoquer les dirigeants d'une entreprise, afin que soient envisagées les mesures propres à redresser la situation, « lorsqu'il résulte de tout acte, document ou procédure (que cette entreprise) connaît des difficultés de nature à compromettre la continuité de l'exploitation. ». La nouvelle législation prévoit ainsi une intervention plus en amont du président du tribunal, dans la recherche des solutions aux difficultés de l'entreprise.

A l'issue de l'entretien, ou encore dans l'hypothèse où les dirigeants n'ont pas répondu favorablement à la convocation, la loi autorise le président du tribunal, nonobstant toute disposition législative ou réglementaire contraire, à obtenir communication par les commissaires aux comptes, les membres et représentants du personnel, les administrations publiques, les organismes de sécurité et de prévoyance sociales ainsi que les services chargés de la centralisation des risques bancaires et des incidents de paiement, des renseignements de nature à lui donner une exacte information de la situation économique et financière du débiteur. Cette procédure est aussi envisageable si l'entreprise n'a pas procédé au dépôt annuel de ses comptes, tel que le prévoient les textes applicables.

261. La volonté du législateur est donc de permettre une bonne information du président du tribunal, afin que les difficultés du débiteur soient traitées le plus tôt possible. Comme le note un auteur, « le président du tribunal voit son rôle accru, considéré par le législateur comme étant le plus qualifié pour connaître des difficultés d'un débiteur, compte tenu de sa neutralité et de la confidentialité, nécessaire aux affaires de toute entreprise, qu'il peut assurer. »⁴⁴².

⁴³⁹ Ancien art. L. 611-3 C. com. Cette disposition était issue de la loi n° 94-475 du 10 juin 1994 relative à la prévention et au traitement des difficultés des entreprises. Cette loi avait réformé la loi n° 84-148 du 1^{er} mars 1984 portant sur la prévention et le règlement amiable des difficultés des entreprises, ainsi que la loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises.

⁴⁴⁰ F. Pérochon, R. Bonhomme, *Entreprises en difficulté – Instruments de crédit et de paiement*, LGDJ 5^e éd. 2001, n° 53, p. 44.

⁴⁴¹ Au cas où l'activité de l'entreprise n'est pas commerciale ou artisanale, c'est le président du TGI qui est compétent.

⁴⁴² J.-E. Kuntz, *les petites affiches*, 8 février 2006, p.6.

262. La loi donne également au président du tribunal la possibilité de désigner un mandataire *ad hoc* dont il détermine la mission, à la demande du représentant de l'entreprise. Le mandataire *ad hoc*, dont le nom peut être proposé par le débiteur devrait, dans le cadre d'une procédure confidentielle fondée sur la libre négociation, permettre à l'entreprise et à ses créanciers, de pouvoir parvenir à la conclusion d'un accord destiné à mettre un terme aux difficultés de l'entreprise. Le mandataire *ad hoc*, en essayant au cours de sa mission d'obtenir un accord entre les parties, contribue à éviter les recours contentieux, qui pourraient aggraver la situation de l'entreprise débitrice. La négociation est davantage facilitée par le législateur qui n'a prévu aucun délai contraignant dans le cadre de cette procédure, laquelle est par ailleurs entièrement confidentielle. Les conditions de neutralité (art. L. 611-13 C. com.), de confidentialité (art. L. 611-15 C. com.) et de rémunération (art. L. 611-14 C. com.) du mandataire *ad hoc* posées par le législateur sont de nature à contribuer au succès de sa mission. Ces conditions sont aussi applicables au conciliateur, dont l'objectif est également de trouver une solution consensuelle aux premières difficultés de l'entreprise.

263. Cette solution peut en effet être trouvée dans le cadre de la conciliation, laquelle connaît un encadrement juridique particulier. En effet, l'art. L. 611-4 C. com. institue devant le tribunal de commerce une procédure de conciliation au bénéfice des personnes exerçant une activité commerciale ou artisanale qui éprouvent une difficulté juridique, économique ou financière, avérée ou prévisible, et ne se trouvant pas en cessation des paiements depuis plus de quarante-cinq jours. Ainsi, la procédure de conciliation peut être ouverte, alors que le débiteur est déjà en état de cessation des paiements. Cela n'était pas le cas sous l'empire de l'ancienne loi, qui entraînait en pareille situation l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire. Le législateur donne donc une chance au débiteur, de trouver un accord amiable avec ses créanciers, bien qu'il soit déjà en cessation des paiements. Il s'agit donc d'une réelle volonté législative de privilégier dans un premier temps une solution amiable aux difficultés que connaît l'entreprise.

264. Cette procédure est également applicable aux personnes morales de droit privé et aux personnes physiques exerçant une activité professionnelle indépendante, y compris une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé. Dans ces cas, c'est le président du tribunal de grande instance qui est compétent, et il dispose des mêmes pouvoirs que ceux confiés au président du tribunal de commerce dans le cadre des

art. L. 611-4 et s. C. com. Les agriculteurs quant à eux bénéficient d'une procédure particulière, prévue par le code rural et de la pêche maritime.

265. Conformément à l'art. L. 611-6 C. com., il appartient au débiteur de saisir le président du tribunal par une requête exposant sa situation économique, sociale et financière, ses besoins de financement ainsi que, le cas échéant, les moyens d'y faire face.

Dès lors, le président du tribunal peut désigner un expert chargé d'établir un rapport sur la situation économique, sociale et financière du débiteur. Il peut également obtenir auprès des établissements bancaires ou financiers tout renseignement de nature à donner une exacte information sur la situation du débiteur, nonobstant toute disposition législative ou réglementaire contraire. C'est dire que le président du tribunal dispose de larges pouvoirs d'investigation, dans l'appréciation de la situation du débiteur ; le secret bancaire ne peut en effet lui être opposé.

266. Le président du tribunal qui ouvre la procédure de conciliation désigne un conciliateur, dont le nom peut être proposé par le débiteur. La loi permet également au débiteur de récuser le conciliateur, sous des conditions et délais fixés par les art.15 et suivants du décret n° 2005-1677 du 28 déc. 2005.

La mission du conciliateur et la procédure prennent fin à l'expiration d'un délai de quatre mois, qui peut être prorogé d'un mois à la demande du conciliateur. La durée de la mission de conciliation ne peut donc en principe excéder 5 mois⁴⁴³. La loi du 26 Juillet 2005 (modifiée par l'ordonnance du 30 janvier 2009) codifiée à l'art. L. 611-6 C.com., prévoit également que la décision ouvrant la procédure est susceptible d'appel de la part du ministère public. Cette décision est en effet communiquée au parquet, et éventuellement à l'ordre professionnel auquel appartient le débiteur. Elle peut aussi être communiquée à l'autorité compétente dont relève ce dernier.

267. La mission du conciliateur consiste à favoriser la conclusion entre le débiteur et ses principaux créanciers, ainsi que le cas échéant ses cocontractants habituels, d'un accord amiable destiné à mettre fin aux difficultés de l'entreprise. Il sera par conséquent demandé aux créanciers de faire des concessions, dont la finalité est d'aider le débiteur à retrouver une situation plus favorable. Le conciliateur a également la possibilité de présenter des

⁴⁴³ Toutefois, l'art. L. 611-6 C. com. prévoit que, si avant l'expiration de cette période, « une demande d'homologation a été formée en application du II de l'art. L. 611-8, la mission du conciliateur et la procédure sont prolongées jusqu'à la décision du tribunal. (...) ».

propositions liées à la sauvegarde de l'entreprise, à la poursuite de l'activité économique et au maintien de l'emploi ; il a donc un rôle très actif au cours des négociations.

Le conciliateur peut aussi obtenir du débiteur tout renseignement utile, de nature à l'aider dans sa mission. Le président du tribunal lui communique également les informations dont il dispose. Par ailleurs, le conciliateur rend compte au président du tribunal de l'état d'avancement de sa mission et formule toutes observations utiles sur les diligences du débiteur. Le président du tribunal dispose donc d'un pouvoir de contrôle sur le bon déroulement de la procédure destinée à trouver un accord entre l'entreprise et ses créanciers.

268. Le législateur envisage également l'hypothèse où le débiteur est poursuivi par un créancier au cours de la procédure⁴⁴⁴. Dans ce cas, le juge qui a ouvert la procédure peut, à la demande du débiteur, et après avoir été éclairé par le conciliateur, faire application des art. 1244-1 à 1244-3 du code civil (délais de grâce). On déduit de cette disposition que les créanciers conservent le droit de poursuivre l'entreprise au cours de la procédure de conciliation. Mais en pratique, la question se pose de savoir s'il est vraiment dans leur intérêt de le faire, compte tenu du fait qu'un accord est possible dans le cadre de cette procédure, et que l'assignation du débiteur en paiement ne semble pas de nature à favoriser la négociation. On peut logiquement penser qu'en pratique à ce stade, les banques préfèrent la négociation, un accord précontentieux étant préférable à une décision judiciaire.

Toutefois, l'art L. 631-5 C. com. fait obstacle à une assignation en redressement judiciaire du débiteur, lorsqu'il bénéficie d'une procédure de conciliation. Par conséquent, le débiteur dispose d'une certaine sécurité juridique au cours de la procédure de conciliation, dans la double mesure où il peut se voir accorder les délais de grâce prévus par le code civil, et ne peut faire l'objet d'une action en redressement judiciaire. Le législateur aménage ainsi un cadre juridique incitatif à la conclusion d'un accord pouvant permettre de sauver l'entreprise, et par conséquent limiter les recours contentieux.

269. Mais si les parties ne parviennent pas à un accord, le conciliateur présente sans délai un rapport au président du tribunal. Ce dernier met fin à la mission du conciliateur et à la procédure. Sa décision est notifiée au débiteur. Toutefois, il est dans l'intérêt de toutes les parties de trouver une solution consensuelle devant permettre au débiteur de surmonter les difficultés auxquelles il est confronté, ce qui pourrait lui donner à terme la possibilité de désintéresser ses créanciers.

⁴⁴⁴ Art. L. 611-7 C. com. (al. 5).

Le dispositif ci-dessus décrit n'est certes pas spécifique aux banques, mais elles sont les premières concernées par ces règles. En effet, elles constituent les principaux bailleurs de fonds en matière de financement de l'activité économique. Elles ont un intérêt particulier à participer à ces procédures, qui favorisent l'évitement du contentieux, grâce à des accords négociés.

270. Les parties peuvent décider de s'en tenir aux principes posés par l'art. 1134 C. civ. pour son exécution, mais il leur est également possible de soumettre l'accord au tribunal dans le cadre d'une procédure de constatation ou d'homologation. En effet, pour plus de sécurité juridique, il est possible de solliciter l'onction du tribunal à l'acte issu des négociations.

La constatation suppose que le président du tribunal soit saisi sur requête conjointe des parties. Il constate leur accord et donne à celui-ci force exécutoire. Il n'a donc en principe pas de pouvoir d'appréciation de l'accord, tant au niveau de son contenu que de ses effets. Il statue au vu d'une déclaration certifiée du débiteur attestant qu'il ne se trouvait pas en état de cessation des paiements lors de la conclusion de l'accord, ou que ce dernier y met fin. La décision constatant l'accord n'est pas soumise à publication et n'est pas susceptible de recours. Elle met fin à la procédure de conciliation.

271. La constatation présente l'avantage de préserver le secret des affaires, et l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 ayant réformé la matière lui confère des effets juridiques très proches de ceux de l'homologation.

En effet, à la demande du débiteur, le tribunal peut homologuer l'accord obtenu si certaines conditions sont remplies :

- le débiteur n'est pas en cessation des paiements ou l'accord conclu y met fin ;
- les termes de l'accord sont de nature à assurer la pérennité de l'activité de l'entreprise ;
- l'accord ne porte pas atteinte aux intérêts des créanciers non signataires.

On constate qu'en matière d'homologation, le débiteur décide seul de soumettre l'accord au tribunal, ce qui n'est pas le cas pour la constatation qui nécessite l'intervention de

toutes les parties. Mais il a été soutenu que « (...) des contraintes imposées par les règles de Bâle II en terme de ratios de risque conduiront inévitablement les organismes bancaires à « imposer » l'homologation qui fera sortir de tout risque les crédits accordés tant avant que pendant la conciliation en cas de sauvegarde ou de redressement ultérieur. »⁴⁴⁵. Cela montre clairement que la législation contient des dispositions spécifiques aux établissements de crédit.

272. Le débiteur professionnel connaissant des difficultés a donc la possibilité de bénéficier d'un cadre de conciliation pouvant l'aider à trouver des solutions amiables à ses difficultés, en dehors de toute procédure contentieuse. On est ainsi en présence d'un mécanisme d'évitement du contentieux mis en place par le législateur, afin de permettre aux entreprises ayant des difficultés de trouver un accord amiable avec leurs créanciers, qui sont dans bien des cas des établissements de crédit. Certes, les créanciers ne sont pas contraints de participer à la conciliation, mais comme en matière de surendettement, il semble en pratique plus intéressant pour eux de prendre part aux efforts de sauvetage du débiteur. Cela devrait leur permettre de mieux préserver leurs chances d'être payés. Cette affirmation est d'autant plus vraie que dans le cadre des procédures collectives, l'ouverture d'une procédure de sauvegarde entraîne une suspension du paiement des créances antérieures, conformément à l'art. L. 622-7 C. com. En effet, d'après cette disposition, « le jugement ouvrant la procédure emporte, de plein droit, interdiction de payer toute créance née antérieurement au jugement d'ouverture, à l'exception du paiement par compensation de créances connexes. Il emporte également, de plein droit, interdiction de payer toute créance née après le jugement d'ouverture, non mentionnée au I de l'article L. 622-17. Ces interdictions ne sont pas applicables aux créances alimentaires. ». Par ailleurs, le jugement d'ouverture « fait enfin obstacle à la conclusion et à la réalisation d'un pacte commissaire. ». Il va sans dire que les créanciers ont tout intérêt à éviter d'en arriver à cette situation, et seront par conséquent plus enclins à participer à la conciliation.

273. De surcroît, le jugement d'ouverture « interrompt » ou interdit toute action en justice de la part de tous les créanciers antérieurs et tendant à la condamnation du débiteur au paiement d'une somme d'argent, ou à la résolution d'un contrat pour défaut de paiement d'une somme d'argent. Le II de l'art. L. 622-21 C. com. précise que ce jugement arrête ou interdit toute voie d'exécution de la part des créanciers tant sur les meubles que sur les

⁴⁴⁵ J.-E. Kuntz, préc. p. 14.

immeubles, de même que toute procédure de distribution n'ayant pas produit un effet attributif avant le jugement d'ouverture. La volonté du législateur d'éviter les recours judiciaires contre le débiteur en difficulté est ainsi clairement affirmée. Il s'agit là d'une incitation forte faite aux créanciers, et notamment aux banques, à participer aux efforts de sauvetage du débiteur, dès les premières difficultés, dans le cadre de la procédure de conciliation.

Il est possible qu'un accord soit conclu au cours de la procédure de conciliation. Mais cette procédure peut également se terminer par un échec. Il reste possible d'entreprendre une nouvelle conciliation à l'expiration d'un délai de trois mois⁴⁴⁶. Mais en cas d'échec, ou encore dans l'hypothèse où l'accord de conciliation n'est pas exécuté, le législateur met en place les procédures de sauvegarde et de redressement judiciaire. Au cours de ces procédures, les créanciers peuvent de nouveau être invités à accorder des délais et remises au débiteur.

On peut à présent s'interroger sur la nature juridique et les effets du plan de conciliation, lequel est susceptible de précéder la sauvegarde ou le redressement judiciaire.

§ 2- LA NATURE JURIDIQUE ET LES EFFETS DE L'ACCORD

274. La nature de l'accord obtenu mérite d'être recherchée (A), avant une présentation de ses effets (B).

A- LA NATURE JURIDIQUE DE L'ACCORD

275. Le caractère conventionnel du plan de conciliation est affirmé, contrairement au plan de sauvegarde et à celui du redressement judiciaire, qui sont certes conventionnels à la source - car négociés entre le débiteur et ses créanciers - mais entérinés par un jugement qui leur confère une nature judiciaire. Tel n'est pas le cas du plan de conciliation. Comme le relève l'art. L. 611-7 C. com., « le conciliateur a pour mission de favoriser la conclusion entre le débiteur et ses principaux créanciers ainsi que, le cas échéant, ses cocontractants habituels, d'un accord amiable destiné à mettre fin aux difficultés de l'entreprise. ». L'accord ainsi

⁴⁴⁶ Art. L. 611-6 al. 2 C. com.

obtenu s'apparente au plan conventionnel de redressement, à deux différences près au moins. La conciliation est menée par un conciliateur désigné par le président du tribunal, auquel il rend compte du déroulement de sa mission. La procédure de surendettement quant à elle se déroule sous la conduite d'une commission administrative mise en place par la loi. En outre, le plan conventionnel de redressement est signé par les parties, ce qui lui permet de produire ses effets. En ce qui concerne l'accord amiable, il peut recevoir force exécutoire ou être homologué par le tribunal.

Mais les accords obtenus dans le cadre de ces deux procédures constituent des réaménagements du contrat initial et non des transactions. Comme nous l'avons relevé s'agissant du plan de surendettement, celui de conciliation intervient également dans une phase précontentieuse. Les parties ne se considèrent pas encore en litige, condition de la transaction. Le but de la conciliation est de trouver une solution amiable aux difficultés de l'entreprise, en obtenant un accord des créanciers réaménageant sa dette, d'où le rejet de la transaction à ce stade.

276. On peut s'interroger sur le point de savoir si l'intervention du juge dans le cadre de la constatation et surtout de l'homologation change la nature juridique de l'accord. Autrement dit, l'accord de conciliation perd-il sa nature contractuelle pour prendre une nature judiciaire ? La réponse nous paraît négative, dans la mesure où la constatation ou l'homologation n'affectent pas l'essence de l'accord, mais visent à lui donner une force juridique plus importante. L'accord de conciliation tire sa force obligatoire de la convention des parties, et non de l'intervention du juge. Les parties ne sont pas tenues de le soumettre au tribunal, et l'essence de l'accord réside dans cette convention. Le juge n'intervient qu'*a posteriori* pour conférer une force plus grande à l'accord et sécuriser davantage les parties. Comme le relève un auteur, « on pourra remarquer que la force exécutoire n'est pas nécessairement donnée par un juge en droit français. En effet, un acte authentique possède bien sûr une force probante très élevée, mais il est aussi assorti d'une force exécutoire, dans la mesure où la première copie-la grosse- est revêtue de la formule exécutoire. »⁴⁴⁷. Par conséquent, l'action de conférer force exécutoire à un contrat ne relève pas exclusivement du juge, et ne change pas pour autant la nature de l'accord. On a également soutenu que « l'accord amiable est une convention de droit privé librement conclue entre le débiteur et ses principaux créanciers et, le cas échéant désormais, ses cocontractants habituels, convention

⁴⁴⁷ S. Neuville, *Le plan en droit privé*, LGDJ 1998, p.106 (note 421).

régi par les articles 1134 et 1165 C. civ. qu'il s'agisse de l'accord amiable agricole ou de l'accord amiable de conciliation, peu important qu'il soit simplement constaté par le président ou homologué par le tribunal, comme le permet l'article L. 611-8 issu de la réforme du 26 juillet 2005. »⁴⁴⁸.

Mais même dans l'hypothèse où le juge réviserait certaines clauses de l'accord homologué, cette intervention n'enlèverait pas pour autant à l'accord son caractère contractuel. Il s'agirait d'une hypothèse d'intervention du juge dans le contrat, déjà connue de notre droit. Le jugement d'homologation a certes une nature judiciaire, mais l'accord homologué garde sa nature conventionnelle. La solution posée par l'arrêt du 5 mai 2004 n'aurait certainement pas été la même si l'homologation conférait à l'accord un caractère judiciaire. Dans cet arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation, la Haute juridiction avait en effet décidé concernant l'affaire SA Caisse centrale de réassurance c/ BFFI que « les remises ou délais accordés par un créancier dans le cadre d'un règlement amiable bénéficiaient à la caution... »⁴⁴⁹. Il s'agissait en l'espèce d'un accord amiable homologué.

B- LES EFFETS DE L'ACCORD

277. Les effets attachés à l'accord de conciliation le rapprochent d'un contrat *sui generis*, à l'image du plan conventionnel de redressement. L'accord de conciliation suspend les effets de l'accord initial, et régit désormais les rapports des parties, permettant ainsi à l'entreprise d'avoir de meilleures chances de payer ses dettes. Le législateur prévoit par ailleurs que « pendant la durée de son exécution, l'accord constaté ou homologué interrompt ou interdit toute action en justice et arrête ou interdit toute poursuite individuelle tant sur les meubles que sur les immeubles du débiteur dans le but d'obtenir le paiement des créances qui en font l'objet... »⁴⁵⁰. C'est donc dire que cet accord produira des effets juridiques importants, car il fait obstacle aux actions et poursuites contre le débiteur, par les créanciers ayant conclu l'accord. Cette disposition protège ainsi l'entreprise bénéficiant de la conciliation, ménageant

⁴⁴⁸ F. Pérochon, R. Bonhomme, Entreprises en difficultés, instruments de crédit et de paiement, 7^e éd. LGDJ 2006, p. 63, n° 88.

⁴⁴⁹ Com. 5 mai 2004, D. 2004. 1594, note Lienhard ; RTD civ. 2004. 534, obs. Crocq ; RTD com. 2004. 584, obs. Legeais, et 590, obs. Macoring-Venier ; Defrénois. 2004, p. 1663, obs. Gibrila ; Banque et Droit août 2004, p. 51, obs. Rontchevsky ; RDB août 2004, p. 248, obs. Legeais.

⁴⁵⁰ Art. L. 611-10-1 C. com.

ainsi à cette dernière, de meilleures chances de remplir les obligations découlant du contrat réécrit par les parties. En outre, l'accord de conciliation « interrompt, pour la même durée, les délais impartis aux créanciers parties à l'accord à peine de déchéance ou de résolution des droits afférents aux créances mentionnées par l'accord. »⁴⁵¹.

278. Par ailleurs, « les personnes coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie peuvent se prévaloir des dispositions de l'accord constaté ou homologué... »⁴⁵². Ce texte consacre une différence essentielle entre le droit des procédures collectives et celui du surendettement. En cette seconde matière, le bénéfice des mesures contenues dans le plan conventionnel de redressement ne profite en principe pas à la caution comme nous l'avons relevé plus haut (à moins qu'elle soit associée aux discussions et signe le plan avec les créanciers). Il existe donc deux droits différents pour les cautions et les coobligés, selon que la sûreté porte sur une dette professionnelle⁴⁵³ ou non. Dans le 1^{er} cas, ils ont l'avantage de pouvoir se prévaloir des mesures contenues dans l'accord constaté ou homologué, alors qu'il en va autrement dans le second cas.

279. Les raisons de ce traitement différencié peuvent tenir à la volonté du législateur de promouvoir le cautionnement, dans le cadre des entreprises ; ce qui pourrait davantage inciter les cautions à apporter leur soutien aux entreprises ayant un besoin d'emprunter. La finalité serait donc de faciliter le crédit aux entreprises, ce qui ne se justifie pas nécessairement en matière de droit de la consommation. L'autre but visé est certainement d'inciter le chef d'entreprise, qui se serait porté caution des dettes de sa société, à solliciter rapidement l'ouverture d'une procédure de conciliation, sachant qu'il en tirera profit. La jurisprudence tendrait par ailleurs à décourager un cautionnement excessif qui conduirait de nombreux particuliers au surendettement.

280. L'accord homologué entraîne également la levée de plein droit de toute interdiction d'émettre des chèques conformément à l'art. L.131-73 CMF, mise en œuvre à l'occasion du rejet d'un chèque émis avant l'ouverture de la procédure de conciliation. C'est dire la force de l'accord, qui, à lui seul et sans aucune autre procédure particulière, permet de lever une interdiction prévue par la loi. Un contrat homologué met fin de plein droit aux effets

⁴⁵¹ Art. préc.

⁴⁵² Art. L. 611-10-2 C. com.

⁴⁵³ A titre subsidiaire, on relèvera que l'art. L. 313-10-1 C. consom. interdit l'utilisation des garanties autonomes dans le cadre des crédits aux particuliers régis par ce code.

d'une loi. C'est certainement une disposition pouvant alimenter la matière des sources du droit.

Mais si le débiteur ayant bénéficié d'une procédure de conciliation ne respecte pas les obligations contenues dans le plan, il encourt des sanctions.

Lorsque l'accord de conciliation a été constaté par le président du tribunal, il acquiert force exécutoire. L'inexécution par le débiteur devrait entraîner des poursuites par les créanciers signataires de l'accord, dans le cadre des procédures civiles d'exécution. Le problème se pose de savoir si le débiteur sera tenu du montant de la dette tel que prévu par la convention initiale, ou s'il sera tenu du montant négocié dans le cadre de la conciliation. On doit considérer que le titre exécutoire ne concerne que les créances figurant dans l'accord amiable constaté. Pour le surplus, les créanciers auront recours à l'accord initial pour obtenir soit un nouveau titre exécutoire, soit faire jouer les clauses prévues en cas d'inexécution. Il est aussi possible à l'une des parties à l'accord, de saisir le président du tribunal, afin d'en obtenir la résolution⁴⁵⁴. Mais en pratique, la défaillance du débiteur sera très souvent synonyme de dégradation de sa situation économique, ce qui conduira à l'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement, voire de liquidation judiciaire. L'art. L. 611-12 C. com. prévoit qu'en pareil cas, l'accord constaté ou homologué prend fin de plein droit. Les créanciers recouvrent l'intégralité de leurs créances et sûretés, déduction faite des sommes perçues. On rentrerait ainsi dans le processus classique de déclaration des créances prévu par les procédures collectives.

281. S'il s'agit d'un accord de conciliation homologué, l'art. L. 611-10-3 C. com. prévoit également la résolution de l'accord par le président du tribunal en cas d'inexécution. D'après cette disposition, le débiteur encourt également une déchéance des délais de paiement à lui accordés lors de la procédure de conciliation⁴⁵⁵. Par conséquent, les créanciers pourront dès lors poursuivre le débiteur sur la base de la convention initiale. En effet, l'accord de conciliation est résolu, ce qui provoque son anéantissement rétroactif. Ce sera très souvent en prélude à des plans intervenant après la conciliation, notamment la sauvegarde ou le redressement judiciaire. L'inexécution de ces deux derniers plans pouvant conduire à leur résolution conformément à l'art. L. 626-27 C. com. En pareil cas également, l'accord initial reprendrait sa force.

⁴⁵⁴ Art. L. 611-10-3 al. 1 C. com.

⁴⁵⁵ Cette déchéance est également encourue en cas de résolution de l'accord constaté.

282. Les accords obtenus dans le cadre du mandat *ad hoc* ou de la conciliation visent donc à réaménager les contrats, en vue de permettre au débiteur d'exécuter ses obligations. Ils n'ont pas pour but de régler des litiges, dès lors que les parties se trouvent dans une phase précontentieuse, donc antérieure au litige, d'où le rejet de la qualification de transaction. Les techniques du droit des contrats, qui permettent une adaptation de la volonté des parties à des contextes nouveaux, sont ainsi mises au service de l'économie. Par ailleurs, les exigences de forme requises dans les contrats de consommation ne sont pas pertinentes en ce qui concerne les relations contractuelles entre banques et professionnels. Il va sans dire que l'analyse de la forme du plan de conciliation ne présente pas à ce stade un intérêt particulier.

283. Mais il arrive que le contentieux prenne naissance, malgré toutes les précautions sus évoquées. En effet, les procédures collectives ou celles de surendettement n'absorbent pas toutes les défaillances des débiteurs envers leurs banques. Les mécanismes de règlement doivent donc être mobilisés.

Partie 2 : LE REGLEMENT DU CONTENTIEUX

284. Comme nous l'avons montré plus haut, les banques, de par leur volonté propre, mais aussi parfois incitées par le législateur et la jurisprudence, s'efforcent de prévenir le

litige, stade le plus juridique de la relation conflictuelle. Les techniques de prévention mises en place ainsi que les mécanismes de négociation visent à permettre d'éviter d'en arriver à une situation de cristallisation du désaccord juridique, au point où seul un tiers doit intervenir pour proposer ou imposer la solution. En pareille hypothèse, les parties passent du stade précontentieux au stade contentieux. L'évitement du contentieux n'a pas été possible, et on est clairement en présence d'un litige qu'il faut régler. A. JEAMMAUD note en ce sens qu' « au moins l'idée est-elle largement partagée que le droit a pour fonction, parmi d'autres, de régler ou permettre de régler les conflits dont il ne peut éviter l'éclatement. »⁴⁵⁶.

285. Le demandeur peut décider de soumettre le litige au juge, afin d'obtenir une décision qu'il souhaite satisfaisante. Mais on constate que le règlement du contentieux bancaire est surtout marqué par une nette tendance à l'évitement du juge. Les banques sont à la fois animées par le souci de régler rapidement les litiges, mais aussi par celui de conserver leur clientèle. La médiation trouve donc aisément sa place dans ce contexte. Les services des médiateurs bancaires sont surtout sollicités par les clients, en position de demandeurs. L'importance du rôle de ce mode conventionnel de règlement des litiges justifie également l'existence d'un médiateur de l'AMF, mais aussi d'un médiateur du crédit dans le cadre du plan de relance de l'économie.

Mais lorsque les parties ne parviennent pas à régler le litige par la voie conventionnelle, le demandeur peut recourir à un tiers qui devra imposer la solution. Ce tiers est quasi systématiquement le juge étatique en cas de litige entre un établissement de crédit et son client. L'arbitrage occupe en effet un rôle très marginal dans le cadre du contentieux bancaire.

286. L'étude du règlement sans le juge (titre 1) précèdera celle du règlement par un juge (titre 2).

Titre 1 : LE REGLEMENT SANS LE JUGE

287. Le développement des modes alternatifs de règlement des conflits n'échappe pas au secteur bancaire. Ce secteur se singularise par une relation commerciale entre banques et clients qui se prête aisément à un règlement des conflits par la voie conventionnelle. En ce

⁴⁵⁶ A. Jeammaud, préc. p. 15.

sens, la médiation est de nature à contribuer à un règlement consensuel des situations conflictuelles dans lesquelles les banques sont impliquées, en réglant le litige, tout en apaisant la relation sociale entre les parties.

288. Il existe différents types de médiation : la médiation judiciaire régie par le code de procédure civile⁴⁵⁷ et la médiation conventionnelle. Cette dernière peut être spontanée ou organisée par le législateur. Dans la première variante, les parties ont la possibilité de prévoir dans leurs contrats des clauses de conciliation ou de médiation préalable⁴⁵⁸. Il s'agit d'une option rarissime voire inexistante dans les relations entre les banques et leurs clients. En effet, le législateur met en place un système de médiation institutionnelle en matière de rapports bancaires de clientèle, notamment par la loi MURCEF du 11 décembre 2001. L'objectif affiché de cette loi est de rendre plus transparente la relation bancaire et de la rééquilibrer tout en facilitant la résolution gratuite des conflits⁴⁵⁹.

La loi institue également un médiateur de l'AMF, dont le rôle est de proposer des solutions aux litiges intervenant en matière d'activités financières des établissements de crédit.

La nomination d'un médiateur du crédit suite à la grave crise économique que connaît le monde de nos jours, se justifie également par ce souci de trouver des solutions consensuelles à la rareté du crédit engendrée par la méfiance des banques dans un contexte de crise.

289. Nous examinerons donc les procédures de médiation prévues par le code monétaire et financier (chapitre 1). Le dispositif de médiation du crédit fera ensuite l'objet

⁴⁵⁷ Le rôle social de la médiation justifie, en effet, l'existence d'une médiation judiciaire prévue les articles 131-1 et suivants du CPC. Pierre Drai écrivait, ainsi, dans les mélanges offerts à Pierre Bellet : « rien de ce qui est judiciaire ne peut être étranger à la médiation, tant il est vrai que l'œuvre de justice impose qu'un peu d'humanité et de compréhension viennent briser – lorsque le juge l'estime opportun ou utile – l'effet mécanique et parfois quasi kafkaïen du déroulement des procédures ». Cité par M. Armand-Prevost, *Gaz. Pal.* 12 janv. 2006, n° 12, p. 11.

Par ailleurs, la médiation semble être un mécanisme très ancien de règlement des litiges, si l'on s'en tient à l'histoire de la transaction qui en est l'acte de règlement. La transaction était en effet connue avant le code de Justinien. Elle figurait aussi bien dans le Code Théodosien que dans le Code Hermogénien (cf. C. Accarias, *De la transaction en droit romain et en droit français*, thèse, Paris, 1863, p. 3). Ces informations sont tirées de C. Jarrosson, « Les concessions réciproques dans la transaction », *D.* 1997, *Chron. P.* 267, note 3.

⁴⁵⁸ On rappellera que depuis un arrêt de la Cour de cassation rendu en 2003, le non-respect d'une telle clause constitue une fin de non recevoir qui s'impose au juge si les parties l'invoquent. V. Cass., ch. mixte, 14 févr. 2003 *D.* 2003. 1386, note Ancel et Cottin. Cet arrêt a, en effet, posé le principe selon lequel « la clause d'un contrat instituant une procédure de conciliation obligatoire et préalable à la saisine du juge, dont la mise en œuvre suspend jusqu'à son issue le cours de la prescription, constitue une fin de non-recevoir qui s'impose au juge si les parties l'invoquent. ».

⁴⁵⁹ Projet de loi, n° 2990, Ass. Nat., exposé des motifs relatifs au titre II

d'une attention particulière (chapitre 2). On se demandera dans les deux cas s'il s'agit d'une médiation au sens juridique du terme.

Chapitre 1 : LES PROCEDURES DE MEDIATION PREVUES PAR LE CODE MONETAIRE ET FINANCIER

290. La loi MURCEF⁴⁶⁰ (mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier) du 11 décembre 2001 a institué une médiation de source légale dans le paysage législatif français. Cette loi officialisait les initiatives prises antérieurement par certaines grandes banques qui avaient déjà mis en place un système de médiation (Société Générale, Crédit lyonnais dès 1996), et s'inscrivait dans un processus européen de résolution

⁴⁶⁰ Pour une analyse doctrinale de cette loi, cf. : Pansier et Chabonneau, Petites affiches, 17 déc. 2001, p. 5 Avena-Robardet, D. 2002. 186. Bonneau, JCP E 2002, n° 3, 120. Dondero, Petites affiches, 17 et 18 janv. 2002, p. 4.

extrajudiciaire des litiges⁴⁶¹. L'Union Européenne promeut en effet les modes alternatifs de règlement des conflits en matière civile et commerciale, dans le cadre de l'amélioration de l'accès à la justice, en particulier pour les litiges ayant une faible importance financière. Le recours à la médiation constitue l'un des moyens de cette politique, dont l'une des manifestations les plus récentes apparaît à travers la directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale⁴⁶². Cette directive, dont le délai de transposition est fixé au 21 mai 2011, vise, pour l'essentiel de ses dispositions, à faciliter le recours à la médiation dans le cadre des litiges transfrontaliers en matière civile et commerciale. Mais son considérant n° 8 prévoit que les Etats membres peuvent également l'appliquer aux médiations internes.

291. On relèvera également l'existence au plan européen du réseau FIN-NET (*Financial Dispute Resolution Network*)⁴⁶³, réseau de coopération entre Etats membres de l'Espace économique européen pour la résolution extrajudiciaire des litiges dans le secteur des services financiers, créé en février 2001 par la Commission européenne. Ce réseau a pour but d'aider les consommateurs à résoudre à l'amiable, de manière rapide, simple et peu coûteuse, les litiges qu'ils peuvent avoir avec les prestataires de services financiers (banques,

⁴⁶¹ Une recommandation de la Commission européenne du 30 mars 1998, concernant les principes applicables aux organes responsables pour la résolution extrajudiciaire des litiges de consommation (98/257/CE,) a souligné l'intérêt pour les consommateurs de régler leurs litiges de manière efficace et adéquate par la voie de procédures extrajudiciaires ou d'autres procédures comparables.

La recommandation de la Commission européenne du 4 avril 2001, relative aux principes applicables aux organes extrajudiciaires chargés de la résolution consensuelle des litiges de consommation a quant à elle énuméré et décrit les principes que doit respecter tout organe de médiation dans l'exercice de sa mission : impartialité, transparence, efficacité et équité. L'on peut également signaler le livre vert de la Commission Européenne sur les modes alternatifs de résolution des conflits relevant du droit civil et commercial paru le 19 avril 2002. Dans ce contexte, différents pays européens ont mis en place des médiateurs dans le secteur bancaire et financier : à titre d'exemple, la Belgique a institué un « Service de médiation pour le secteur financier » dans lequel siègent un ombudsman représentant le secteur financier et un représentant des consommateurs. Le Royaume-Uni dispose du *Financial Ombudsman Service* (FOS) (www.financial-ombudsman.org.uk). L'Allemagne connaît plusieurs systèmes de médiation, au nombre desquels : l'ombudsman des banques privées (*Der ombudsman der privaten Banken*) ou encore l'ombudsman des banques coopératives allemandes (*Der ombudsman der deutschen genossenschaftlichen Banken*). En Italie, la médiation bancaire est assurée par un *ombudsman bancario* couvrant la quasi totalité des banques. En Espagne, il existe un *servicio de Reclamaciones* fonctionnant au sein de la *Banco de España*. Le Portugal a mis en place des centres d'arbitrage (*Centro de Arbitragem de Conflitos de Consumo*) chargés de régler tous les types de litiges de la consommation, y compris ceux concernant le secteur bancaire et les assurances. En Suède, un service public et volontaire de traitement des litiges commun aux secteurs de la banque et des assurances a été institué (*Konsument Europa Allmänna reklamationsnämnden*). Au Luxembourg, dans le secteur bancaire, une cellule litiges et autorisations a été mise en place au sein de l'autorité de surveillance du secteur financier. Ces informations sont disponibles de façon détaillée sur le site : http://www.banque-france.fr/ccsf/fr/publications/telechar/autres/annexes4_mediation.pdf (p.35 et s.)

⁴⁶² JOCE, L 136/3 du 24 mai 2008.

⁴⁶³ Pour des informations détaillées, v. http://ec.europa.eu/internal_market/finservices-retail/finnet/index_fr.htm

compagnies d'assurances, entreprises d'investissement) établis dans un Etat membre autre que leur Etat d'origine.

292. La médiation comporte en effet des avantages proclamés, aussi bien pour les clients que pour les établissements de crédit. Pour les clients, le bénéfice peut être d'éviter les lenteurs et les frais d'un contentieux judiciaire. Pour les banques, le système permet de centraliser et d'avoir une vision d'ensemble des litiges rencontrés par les clients, et de procéder à « l'élaboration de solutions plus rapides et d'application plus générale que celles qui peuvent être établies par la jurisprudence. »⁴⁶⁴. Sur un tout autre plan, les banques peuvent préférer transiger lorsqu'elles craignent une position défavorable de la jurisprudence sur certaines questions, ou encore lorsqu'en cas de litige, il paraît certain qu'elles perdront le procès. La médiation présente ainsi un intérêt supplémentaire pour les établissements de crédit.

S'il est salubre que le législateur français ait étendu le champ d'application de la médiation bancaire, son régime juridique mérite toutefois d'être davantage amélioré. Cette médiation constitue-t-elle un circuit de dérivation au contentieux de l'impayé ? Quelles en sont les spécificités ?

293. La médiation dans le secteur bancaire ne se limite pas à la loi MURCEF. En effet, il existe également un médiateur de l'AMF. Du fait de l'extension du champ de compétence du médiateur bancaire aux litiges de la consommation relatifs à l'investissement et à l'épargne, les risques de conflits de médiateurs existent. Quelles solutions peut-on proposer afin d'y remédier ? La réponse à cette question passe avant tout par l'analyse du dispositif institutionnel issu de la loi MURCEF (Section 1), et celle du dispositif de médiation de l'AMF (Section 2).

Section 1: LE DISPOSITIF INSTITUTIONNEL ISSU DE LA LOI MURCEF

⁴⁶⁴ N. Bricq, rapport Assemblée nationale n° 3028, Mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier, p. 47.

294. Le cadre initial issu de la loi MURCEF a permis de généraliser la médiation comme mode de résolution de certains litiges entre banques et clients titulaires de comptes de dépôt. Mais ce cadre avait un champ d'application limité, lequel a été étendu par la loi Chatel du 3 janvier 2008 (§ 1). Le régime juridique de cette médiation institutionnelle paraît quant à lui perfectible (§ 2).

§ 1- L'EVOLUTION DU CADRE DE MEDIATION PREVU PAR LA LOI MURCEF

295. La loi pour le développement de la concurrence au service des consommateurs a permis une extension de la loi MURCEF, conférant ainsi à la médiation bancaire une place plus importante dans le cadre du règlement des litiges. En effet, conformément à la loi du 11 décembre 2001, les litiges pour lesquels le médiateur pouvait recommander des solutions étaient ceux relatifs à l'application par les établissements de crédit des obligations découlant de la convention de compte de dépôt. Il s'agissait de litiges portant sur la conclusion de la convention de ce compte, mais également sur son contenu qui se réfère à l'ouverture, à la clôture et au fonctionnement du compte ainsi qu'aux services et moyens de paiement qui y sont attachés (chéquier, carte bancaire...).

Plus concrètement, le médiateur était par exemple compétent en cas de blocage d'une carte bancaire, d'opérations débitées sur le compte avant opposition sur une carte volée, de dépassement d'une facilité de caisse, de cessation sans préavis de l'autorisation de découvert accordée, de pénalités libératoires sur rejet de chèque, de retraits DAB contestés, de modalités d'éditions de relevés de compte, de contestation de la tarification bancaire... Initialement, la médiation concernait aussi les litiges liés à l'interdiction des ventes avec primes et des ventes ou de prestations de service liées, c'est-à-dire les packages bancaires.

Sur le plan *rationae materiae*, la médiation institutionnelle ne couvrait donc pas l'ensemble des litiges survenant entre une banque et son client. Mais l'établissement de crédit pouvait aller au-delà de la loi et étendre le domaine d'intervention du médiateur. C'est ainsi par exemple qu'à la Société Générale, le médiateur était compétent pour tous les litiges portant sur les produits et services proposés à la clientèle de cette banque, sauf ceux dont la solution négociée serait contraire à la loi, ceux mettant en jeu la politique générale de la banque (par exemple : taux d'intérêt sur prêt ou crédit, décision de refus de crédit, tarification)

ou ceux concernant les performances de produits liées aux évolutions générales des marchés. La BNP avait également progressivement étendu le champ d'intervention du médiateur aux litiges liés au crédit, aux modalités de mise en œuvre du contrat d'assurance lié au crédit ou encore aux modalités d'exécution des ordres de bourse et d'OPCVM⁴⁶⁵. On le voit, il était nécessaire de se reporter aux chartes de médiation des banques, pour savoir quels étaient les litiges non répertoriés par la loi qui pouvaient conduire à une saisine du médiateur. Par ailleurs, le médiateur mis en place par la loi MURCEF n'était compétent que pour les litiges individuels qui opposent les clients titulaires d'un compte de dépôt à l'établissement bancaire. Il va sans dire qu'au plan *rationae personae*, la médiation institutionnelle concernait essentiellement en principe une clientèle de particuliers n'agissant pas dans un cadre professionnel. Le champ d'application de la loi MURCEF était donc limité aux litiges portant sur les conventions de compte de dépôt, d'où son caractère restreint.

296. Les dispositions originelles de cette loi sont entrées en vigueur un an après leur publication au journal officiel, laquelle a été faite au JO du 12 déc. 2001. Par conséquent, les banques sont tenues de mettre en place ce dispositif depuis le 12 décembre 2002. Il peut s'agir d'un médiateur propre à la banque (dit « médiateur pour compte propre ») ou d'un médiateur commun à plusieurs banques (dit « médiateur pour compte commun ») à l'instar de celui de la fédération bancaire française⁴⁶⁶. Comme on le constate, la loi a mis en place de façon impérative un mode alternatif de règlement de certains litiges entre banques et clients consistant en une médiation.

297. Les rapports annuels successifs des médiateurs et du comité de la médiation bancaire depuis 2003⁴⁶⁷ ont relevé de façon récurrente, au nombre des critiques du dispositif légal, le caractère restreint du champ d'application de la loi MURCEF, et ont donc souhaité son extension. Celle-ci a été réalisée par la loi du 3 janvier 2008, complétée par l'ordonnance du 15 juillet 2009. Ainsi, conformément à l'article L. 315-1 du code monétaire et financier (CMF) :

⁴⁶⁵ Organismes de placement collectif en valeurs mobilières. Ils regroupent les SICAV (sociétés d'investissement à capital variable) et les FCP (fonds communs de placement). Il s'agit de modes de gestion indirecte de l'épargne à travers des organismes chargés d'investir dans les valeurs boursières pour le compte de l'épargnant.

⁴⁶⁶ www.fbf.fr

⁴⁶⁷ Les rapports annuels du comité de la médiation bancaire sont disponibles sur le site de la banque de France. Rubrique : protection du consommateur, sous-rubrique Infobanque : votre banque et vous, partie informations de référence, sous-partie : La médiation en savoir plus.

« tout établissement de crédit ou de paiement désigne un ou plusieurs médiateurs chargés de recommander des solutions aux litiges avec des personnes physiques n'agissant pas pour des besoins professionnels, relatifs aux services fournis et à l'exécution des contrats conclus dans le cadre du présent titre et du titre II du présent livre et relatifs aux produits mentionnés aux titres Ier et II du livre II. Les médiateurs sont choisis en raison de leur compétence et de leur impartialité.

Le médiateur est tenu de statuer dans un délai de deux mois à compter de sa saisine. Celle-ci suspend la prescription conformément aux conditions de l'article 2238 du code civil... ».

298. La loi Chatel du 3 janvier 2008 ou loi pour le développement de la concurrence au service des consommateurs a donc apporté une importante innovation en matière de médiation bancaire. Cette loi, entrée en vigueur le 5 janvier de la même année (à défaut de précision particulière), a en effet étendu le champ d'application de la médiation bancaire à tous les litiges relatifs au crédit et à l'épargne susceptibles d'opposer un client, personne physique n'agissant pas pour des besoins professionnels à sa banque. Le médiateur peut désormais être saisi dans le cadre des litiges relatifs aux services fournis et à l'exécution de contrats conclus en matière d'opérations de banque. Ces dernières comprennent conformément à l'art. L. 311-1 CMF : la réception des fonds du public, les opérations de crédit ainsi que les services bancaires de paiement.

Le médiateur est également compétent en ce qui concerne les litiges de la consommation portant sur les services d'investissement et leurs services connexes. Ces services « portent sur les instruments financiers et comprennent des services et activités définies par décret concernant notamment la réception, la transmission et l'exécution d'ordres pour le compte de tiers, la négociation pour compte propre, la gestion de portefeuille pour le compte de tiers, le conseil en investissements, le placement garanti ou non garanti (art. L. 321-1 CMF). Les services connexes aux services d'investissement comprennent en particulier la conservation ou l'administration d'instruments financiers pour le compte de tiers, la tenue de comptes d'espèces correspondant à ces instruments financiers ou la gestion de garanties financières, la recherche en investissements et l'analyse financière ou toute autre forme de recommandation générale concernant les opérations portant sur les instruments financiers, les services de change lorsque ceux-ci sont liés à la fourniture de services d'investissements (art. L. 321-2 CMF). »⁴⁶⁸.

⁴⁶⁸ Rédaction D.O, JCPE, 20 mars 2008, p. 27 et s.

La compétence du médiateur s'étend également aux litiges portant sur les instruments financiers et les produits d'épargne. « Les instruments financiers comprennent notamment les actions et autres titres donnant accès au capital ou aux droits de vote, les titres de créance à l'exclusion des effets de commerce et des bons de caisse, les parts ou actions d'organisme de placements collectifs (art. L. 211-1 CMF). Les produits d'épargne comprennent tous les livrets divers ainsi que les bons de caisse. »⁴⁶⁹. Par conséquent, sont en principe exclus de la médiation institutionnelle les litiges avec les personnes physiques ou morales agissant dans un cadre professionnel, même lorsqu'ils sont relatifs aux ventes subordonnées et aux ventes avec primes.

299. Le médiateur bancaire est donc désormais compétent pour « tous les litiges nés de toutes les activités bancaires à destination de la clientèle grand public dans le respect des prérogatives reconnues aux banques en matière de politique tarifaire, d'offre commerciale ou encore de consentement de crédit. »⁴⁷⁰. Le législateur vise en effet l'exécution (et non la formation) des contrats conclus dans le cadre des opérations de banque et des services d'investissement. Les chartes de médiation des banques devraient par conséquent se rapprocher en ce qui concerne le champ de compétence *rationae materiae* du médiateur. La différence devrait désormais se faire essentiellement au niveau de la compétence *rationae personae*, c'est-à-dire de la catégorie des clients pouvant saisir le médiateur en cas de litige. Il est à noter que le recours à la médiation est facultatif aussi bien pour le client que pour la banque. Cela rend le système de médiation conforme à la législation sur les clauses abusives, notamment celles prévues par l'art. L. 132-1 C. consom. Au nombre de ces clauses, figure en effet celle obligeant le consommateur « à passer exclusivement par un mode alternatif de règlement des litiges. ».

On observe que certaines banques à l'instar de la Société Générale ou encore du Crédit Lyonnais (LCL) ont étendu le champ d'application de la loi MURCEF à tous les clients, y compris professionnels. Le Groupe Caisse d'épargne l'a étendu aux associations, commerçants, artisans et professions indépendantes à compter du 1^{er} janvier 2010.

L'extension de la médiation à l'ensemble de la clientèle constitue à notre sens une solution à promouvoir. Le bilan annuel 2008 du Comité de la médiation bancaire confirme cette option. Ce bilan révèle notamment que des médiateurs préconisent dans leurs rapports d'activité, l'extension de leur champ de compétence aux opérations réalisées à titre

⁴⁶⁹ Ibid, p. 27.

⁴⁷⁰ Ibid, p. 27.

professionnel par des particuliers, voire à celles effectuées pour le compte de petites entreprises. Il ressort également de ce bilan que la voie conventionnelle paraît la mieux adaptée pour réaliser ce type d'extension qui semble répondre aux demandes exprimées par les entrepreneurs⁴⁷¹.

300. Un rapport du Comité de la médiation bancaire⁴⁷², présidé par le gouverneur de la Banque de France, avait par ailleurs révélé que 70% des réclamations reçues étaient déclarées irrecevables parce que se situant hors du champ de compétence du médiateur. En outre, les litiges liés à l'interdiction des ventes avec primes et aux ventes ou prestations de services liées présentent un caractère marginal lorsque l'on consulte les rapports d'activité des médiateurs et ceux du comité de la médiation bancaire depuis l'année 2003. Une majorité importante des litiges bancaires pouvaient ainsi échapper à toute résolution par voie de médiation, conduisant très probablement les clients à abandonner leurs réclamations dans la plupart des cas où l'enjeu financier du litige était minime. En effet, la comparaison entre le coût d'un procès et le montant du préjudice du demandeur conduit généralement le demandeur à abandonner sa prétention dès lors que le rapport lui est défavorable. Un grand nombre de petits litiges échappaient ainsi à tout règlement par un tiers. Cette situation difficilement acceptable dans un Etat de droit a donc conduit à une intervention législative destinée à élargir le champ de compétence du médiateur. Cette extension est encore d'autant plus justifiée lorsqu'on se réfère également au cinquième bilan publié par le Comité de la médiation bancaire, qui concerne l'année 2007. Il en ressort que ce bilan montre un recours croissant de la clientèle à ce mode alternatif de résolution des litiges. En effet, le nombre de demandes de médiation est en progression de 7,5%, soit un total de 24.823 demandes.

On observe également qu'en 2007, la médiation a permis de traiter 2 réclamations sur 3 soit par les médiateurs eux-mêmes, soit par les services internes des établissements sur intervention des médiateurs. En outre, les recommandations émises par les médiateurs, sont suivies 9 fois sur 10 par les établissements de crédit. De plus, ces recommandations sont au moins partiellement favorables au client dans près de 1 cas sur 2 et, lui sont totalement favorables dans 1 cas sur 3⁴⁷³.

⁴⁷¹ Bilan annuel 2008, p. 39-40.

⁴⁷² Ce rapport est disponible sur le site de la banque de France, plus précisément à l'adresse suivante : http://www.banque-france.fr/fr/institut/telechar/services/cmb_bilan_2005.pdf

⁴⁷³ Communiqué de presse de la Banque de France : http://www.banque-france.fr/fr/institut/communiqués/2009/cp_20090202_print.htm

301. A la lumière de ces statistiques, on perçoit aisément les inconvénients que présentait le caractère restreint du champ de compétence du médiateur. Le médiateur donnait en effet raison au moins partiellement⁴⁷⁴ au client dans près d'1 cas sur 2, pour les litiges relevant de sa compétence. On peut donc penser que pour la moitié des demandes rejetées du fait de l'incompétence du médiateur, la solution aurait été rendue en faveur du client. L'abandon de sa prétention par le client dans ces cas pouvait conduire à consacrer des situations d'injustice. La loi du 3 janvier 2008 permet ainsi de corriger cette lacune. Il va sans dire que les médiateurs ont un surcroît d'activité lié à une augmentation inévitable du nombre de demandes⁴⁷⁵, ce qui nécessite sans doute des moyens humains et matériels supplémentaires à mettre à leur disposition. Le bilan du Comité de la médiation bancaire pour 2008 fait ainsi état d'une hausse sensible (+15,71%) de l'activité des médiateurs. Ces derniers ont en effet reçu 28 724 courriers en 2008 (contre 24 823 en 2007). On enregistre ainsi un rythme de croissance des demandes deux fois supérieur à celui enregistré en 2007 (+7,5%). D'après le rapport, cette croissance porte la médiation bancaire à un niveau d'activité jamais observé depuis la mise en place du dispositif en 2003. Les délais de traitement des demandes qui étaient en moyenne de 33,3 jours en 2007 (38,7 en 2006) s'établissent désormais à 41,55 jours.

Le bilan annuel 2008 révèle par ailleurs que : « La progression des litiges complexes, à l'origine de cette dégradation, s'est trouvée amplifiée par la conjugaison de l'extension de compétence et des difficultés du secteur financier, qui ont amené les emprunteurs (en particulier, immobiliers) et les épargnants, à soumettre aux médiateurs des affaires nécessitant des investigations nettement plus lourdes que celles exigées par des dossiers relatifs au fonctionnement du compte (réclamations portant sur des prêts *in fine*, des placements dits « à formules » ou des emprunts à taux variables capés). »⁴⁷⁶.

302. On constate à la lecture du bilan annuel 2008 que les opérations de crédit occupent désormais la première place en matière de réclamations soumises par les clients aux médiateurs, devant celles liées au fonctionnement du compte de dépôt. En effet, ces opérations de crédit constituent 23% du volume des réclamations, contre 9% précédemment,

⁴⁷⁴ Pour 2008, le pourcentage de réponses au moins favorable au client est de 47% (cf. bilan annuel 2008, p. 37).

⁴⁷⁵ Mme Michelle de Mourgues, médiateur à la HSBC, soulignait lors d'une rencontre entre le comité de la médiation bancaire et les médiateurs, l'importance quantitative de son travail dans les termes suivants : « j'ai reçu 1802 réclamations, je me suis saisie de 270 d'entre elles, ce qui fait tout de même 1,7 dossiers par jour de l'année, en ne comptant ni vacances, ni dimanches, ni jours fériés. » cf. Bilan de la médiation bancaire pour 2005, p. 73.

⁴⁷⁶Rapport du Comité de la médiation bancaire pour 2008, p. 34. www.banque-france.fr/fr/institut/telechar/services/cmb_bilan_2008.pdf

en hausse de 14 points et de trois places. « Ce résultat constitue le changement majeur intervenu dans la répartition thématique des avis rendus. »⁴⁷⁷. Il est donc possible de penser que le contentieux de l'impayé bancaire découlant du crédit pourrait désormais être en partie absorbé par la médiation. On peut ainsi imaginer que dans les hypothèses où la négociation a échoué, ou encore si le nouvel échéancier en découlant n'a pas été exécuté, le client aura intérêt à saisir le médiateur en matière d'impayé. L'intervention de ce tiers impartial semble de nature à conférer à la négociation qu'il mènera des garanties de justice, qu'on ne retrouve pas nécessairement dans les négociations découlant de la pratique bancaire. Dans ce dernier cas en effet, la banque et son client négocient sans l'intervention d'un tiers, et on peut logiquement penser que ce contexte d'inégalité conduit à des accords favorables au plus fort. L'intervention du médiateur permettra donc de pallier cet inconvénient, et de promouvoir ainsi davantage de justice dans les rapports entre les banques et leurs clients. A ce stade, l'accord obtenu devrait être une transaction, ce qui dispensera les banques de recourir à des procédures judiciaires en vue d'obtenir des titres exécutoires. Il leur suffira de solliciter du juge que ce dernier confère force exécutoire à l'acte, conformément à l'art. 1441-4 du code de procédure civile. L'extension du champ de compétence du médiateur à l'impayé bancaire permettra ainsi aux établissements de crédit de transiger avec leur clientèle de débiteurs, facilitant ainsi les chances d'obtenir des titres susceptibles de recevoir rapidement force exécutoire. Cela pourrait contribuer à faire baisser davantage le contentieux de l'impayé, du fait du recours aux transactions. En effet, dès lors que le médiateur bancaire est, en vertu de l'art. L. 315-1 CMF, compétent en matière de litiges impliquant des consommateurs personnes physiques, on peut penser qu'un nombre important de litiges liés à l'impayé découlant du crédit à la consommation seront désormais réglés par voie de médiation. Il en résultera très probablement des incidences sur ce contentieux qui n'est pas affecté par la baisse. La loi Chatel du 3 janvier 2008 est donc susceptible de contribuer à la diminution du contentieux de l'impayé.

En cette matière, les médiateurs devront toutefois proposer rapidement leurs recommandations, dans la mesure où le délai biennal de forclusion de l'art. L. 311-37 C. consom. portant sur le crédit à la consommation n'est pas suspendu par le recours à la médiation. Il s'agit en effet d'un délai préfix, qui oblige les prêteurs à davantage de diligence en cas d'impayé de l'emprunteur consommateur. L'action rapide des médiateurs sera de nature à promouvoir davantage le recours par les banques à ce mode de règlement des conflits, en cas d'impayé découlant du crédit à la consommation.

⁴⁷⁷ Bilan annuel 2008, p. 31.

303. Les rapports du Comité de la médiation bancaire pour les années à venir permettront d'évaluer le nouveau dispositif, afin de proposer d'éventuelles modifications de la loi. Le bilan annuel pour 2008 révèle par ailleurs que : « au total, le recours à la médiation apparaît efficace puisque, dans un contexte renouvelé et affecté d'une grande volatilité financière, près d'un avis sur deux donne, au moins partiellement, satisfaction au client, tandis qu'un nombre significatif de réclamations réorientées par les médiateurs vers les services internes des établissements connaissent une suite positive. »⁴⁷⁸. Mais ce propos doit être nuancé. Il faut en effet noter que l'efficacité de la médiation devrait se mesurer non pas à l'aune du nombre de décisions favorables à l'une des parties, mais surtout en fonction de l'aptitude des médiateurs à proposer des recommandations justes aux litiges dont ils sont saisis. Le discours officiel tend à considérer la médiation comme une activité de règlement au service de la clientèle, donnant ainsi l'impression de promouvoir une impartialité du médiateur, lequel devrait pourtant rester neutre au cours de sa mission.

Le régime juridique de la médiation bancaire tel que précisé par le législateur, et complété par les chartes de médiation mérite réflexion.

§ 2- UN REGIME JURIDIQUE PERFECTIBLE

304. Le caractère institutionnel de la médiation bancaire justifie que la loi encadre au moins en partie le statut du médiateur (A). Mais le système mis en place peut davantage être amélioré. Quant à la procédure de médiation, elle varie en fonction des banques (B). On peut également s'interroger, à l'observation de la pratique, sur le point de savoir s'il s'agit d'une médiation au sens juridique de ce terme. La question de la nature de l'accord obtenu se trouve ainsi posée (C).

A- LE STATUT DU MEDiateur

⁴⁷⁸ Bilan annuel 2008, p. 37.

305. Le législateur prévoit à l'art. L. 315-1 CMF que « les médiateurs sont choisis en raison de leur compétence et de leur impartialité ». Les établissements de crédit ont donc l'obligation légale de désigner des médiateurs devant offrir des garanties d'une médiation de qualité. Mais ce sont les banques qui les désignent, ce qui pose un problème d'indépendance au plan organique. En effet, le tiers devant proposer une solution au litige ne devrait en principe pas être désigné par l'une des parties, si l'on souhaite véritablement obtenir une solution dépouillée de toute suspicion. Dans le cadre de la médiation régie par le code de procédure civile, l'art. 131-1 de ce code prévoit que c'est le juge qui nomme le tiers chargé de permettre de trouver une solution au litige.

306. Toutefois, probablement en vue de réduire les craintes nées d'une désignation unilatérale du médiateur bancaire, le législateur institue un Comité de la médiation bancaire chargé d'examiner les rapports annuels des médiateurs et d'établir un bilan annuel de la médiation. Cela participe de la volonté d'évaluer chaque année le dispositif mis en place, afin de l'améliorer. L'intention du législateur est à cet effet louable. Les différents rapports des médiateurs permettent en effet d'être renseignés sur le fonctionnement réel du système, et constituent ainsi une sorte de « *feed-back* », permettant de savoir exactement quelle est la réception que les destinataires accordent aux règles de droit⁴⁷⁹ issues de cette loi. Le bilan annuel établi par le comité de la médiation bancaire est transmis au Comité consultatif du secteur financier⁴⁸⁰.

307. Le législateur prévoit surtout à l'art. L. 615-2 CMF que le comité de la médiation bancaire « est également chargé de préciser les modalités d'exercice de l'activité des médiateurs, en veillant notamment à garantir leur indépendance. Il est informé des modalités et du montant des indemnités et dédommagements versés aux médiateurs par les établissements de crédit. Ce comité peut adresser des recommandations aux établissements de

⁴⁷⁹ Sur ce point, v. A. Jeammaud et E. Serverin, *Evaluer le droit*, D. 1992, Chon., p. 263-268.

⁴⁸⁰ Ce dernier est, en effet, chargé conformément à l'art. L. 614-1 CMF « d'étudier les questions liées aux relations entre, d'une part, les établissements de crédit, les entreprises d'investissement (...) et, d'autre part, leurs clientèles respectives, et de proposer toutes mesures appropriées dans ce domaine, notamment sous forme d'avis ou de recommandations d'ordre général. ». Ce comité consultatif émet donc des avis ou des recommandations qui peuvent conduire à des interventions du pouvoir législatif ou réglementaire, en vue d'adapter les règles de droit à des situations nouvelles.

crédit, aux établissements de paiement et aux médiateurs. ». La loi institue ainsi des mécanismes d'encadrement de l'activité des médiateurs, afin de promouvoir aussi bien l'efficacité de leur action que leur indépendance (absence de lien de subordination) et leur impartialité (neutralité, absence de parti pris). Le but est d'assurer un fonctionnement efficient du dispositif de la médiation bancaire. Le Comité, présidé par le gouverneur de la Banque de France ou son représentant, et comprenant des membres nommés par arrêté du ministre de l'économie, lesquels sont issus aussi bien du collège de consommateurs et usagers du conseil national de la consommation que de l'association française des établissements de crédit et des entreprises d'investissement, joue à ce titre un rôle central dans le dispositif institutionnel de la médiation bancaire.

308. Sa composition variée, qui prévoit également 2 personnalités choisies en raison de leur compétence, est destinée à lui faciliter la tâche de garant de l'indépendance des médiateurs, une indépendance indispensable dès lors qu'un tiers intervient dans la résolution d'un litige. En effet, au même titre qu'un juge ou un arbitre, le médiateur doit être indépendant des parties, afin d'assurer une médiation juste et acceptable par tous. Le comité de la médiation bancaire doit par exemple veiller à éviter que les médiateurs soient au centre d'éventuels « conflits d'intérêts »⁴⁸¹, et ainsi lever toutes les suspicions pouvant entacher l'efficacité du dispositif législatif. Ce sera notamment le cas si un ancien salarié d'une banque se retrouve médiateur au sein de cet établissement. A cet effet, on peut noter que les mesures prises par le législateur en matière de compétence, d'indépendance et d'impartialité du médiateur bancaire sont appréciables, même si elles paraissent moins contraignantes que celles prévues par l'art. 131-5 CPC en matière de médiation judiciaire. Ce texte dispose par exemple que le médiateur personne physique doit :

« 3° Posséder, par l'exercice présent ou passé d'une activité, la qualification requise eu égard à la nature du litige ;

4° Justifier, selon le cas, d'une formation ou d'une expertise adaptée à la pratique de la médiation ;

5° Présenter les garanties d'indépendance nécessaires à l'exercice de la médiation. ».

Il s'agit d'un ensemble de conditions destinées à assurer une médiation judiciaire de bonne qualité, et qui pourrait inspirer les dispositifs de médiation bancaire.

⁴⁸¹ Sur cette question, cf. Claire OGIER, Les conflits d'intérêts, thèse université Jean Monnet 2008. Codirecteurs : M.-C. Rivier, J. Moret-Bailly.

309. Il est aussi possible de signaler la contribution de l'Union Européenne à l'émergence d'une médiation juste, à travers la publication en juillet 2004 d'un code de conduite européen pour les médiateurs⁴⁸², allant ainsi au-delà de la seule médiation bancaire. Ce code pose des principes auxquels les Etats membres peuvent se référer en matière de compétence et de désignation des médiateurs, d'indépendance et d'impartialité de ces derniers, ainsi que la nécessité d'assurer la publicité de l'action des médiateurs. Il prévoit également des règles de procédure, de déroulement équitable et de fin de la médiation. Le texte consacre par ailleurs la confidentialité de la médiation, et indique également que les modalités de rémunération du médiateur doivent être connues et acceptées par les parties avant toute médiation. Il est donc possible de s'en inspirer dans le cadre de l'élaboration des règles en matière de médiation, notamment du statut du médiateur.

310. La loi MURCEF (modifiée par l'ordonnance du 15 juillet 2009), quant à elle, pose la règle selon laquelle le Comité de la médiation bancaire « est informé des modalités et du montant des indemnités et dédommagements versés aux médiateurs par les établissements de crédit ou les établissements de paiement. » Les termes salaires ou rémunérations semblent être évités dans le souci d'établir une séparation organique entre le médiateur et l'établissement de crédit. Ce dernier n'est en effet pas salarié de la banque, bien que ce soit celle-ci qui le désigne lorsqu'on est en présence d'un médiateur pour « compte propre »⁴⁸³. Ce type de médiation est en effet prépondérant, le recours à la médiation pour compte commun étant souvent effectué par les établissements bancaires de taille modeste. On peut en effet s'interroger sur le point de savoir si un médiateur désigné et indemnisé par une banque peut réellement être indépendant vis-à-vis de cette dernière. Autrement dit, le fait pour l'une des parties de désigner et d'indemniser le tiers chargé de recommander une solution au litige ne contrevient-il pas aux principes d'une médiation équitable? Quelles sont les solutions possibles permettant d'améliorer le dispositif de médiation bancaire, afin de garantir une plus grande équité ?

⁴⁸² Ce code est disponible sur le site : http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_fr.htm

⁴⁸³ D'après le rapport du Comité de la médiation bancaire pour 2008, 248 établissements bancaires ont désigné un médiateur « pour compte propre », alors que 220 établissements ont opté pour un médiateur « pour compte commun » proposé par la Fédération bancaire française ou par l'Association française des sociétés financières. Le bilan annuel pour 2008 révèle par ailleurs que 468 établissements de crédit ont choisi un médiateur. « Par rapport aux résultats de l'enquête menée en 2003, ce chiffre (qui était de 438 en 2003) reste en augmentation, en dépit du fait que le nombre des organismes concernés a eu tendance à se réduire au cours de ces trois dernières années, en raison notamment d'opérations de fusion. » Cf. Bilan annuel 2008, p. 17.

311. Diverses propositions peuvent être formulées, afin de promouvoir une plus grande indépendance du médiateur vis-à-vis des banques et de conférer au système une certaine homogénéité.

Il faut d'emblée relever que la nomination d'un médiateur par un établissement de crédit n'est pas nécessairement synonyme d'atteinte à l'indépendance et à l'impartialité de ce tiers chargé d'aider les parties à trouver une solution à leur litige. Certes sur le plan formel il est difficile de parler d'indépendance du médiateur dans ces conditions, mais la nomination par une institution ne conduit pas forcément la (ou les) personne(s) nommé(es) à faire allégeance à cette institution⁴⁸⁴. Certains médiateurs sont par ailleurs très connus du public, et ont donc une réputation à défendre, ce qui peut constituer un gage supplémentaire d'indépendance d'esprit et d'impartialité. En règle générale, on peut penser que les médiateurs n'ont en principe pas pour ambition de faire carrière au sein des banques qui les désignent. Cette circonstance est de nature à les inciter à ne pas prendre une posture de « chargé de mission de la banque ».

La durée du mandat du médiateur quant à elle varie en fonction des banques. Si elle est indéterminée pour la Société Générale ou la banque postale, elle est limitée à 2 ans renouvelables pour la BNP et pour le Crédit lyonnais, ou encore pour le médiateur de la FBF et celui de l'ASF. Le Groupe Caisse d'Epargne quant à lui prévoit un mandat de 3 ans, pour les membres et le président du collège de médiateurs de cet établissement, renouvelable par convention expresse. Cette disparité au niveau de la durée du mandat des médiateurs relève de la politique managériale de chaque établissement de crédit, et il est heureux de savoir qu'elle tend à se réduire comme le révèle le bilan annuel de la médiation pour 2008. En effet, d'après ce bilan, « plus de deux médiateurs sur trois (soit 68,3%) disposent d'un mandat à durée indéterminée tandis que les mandats limités à un an ne représentent plus que 13% de ce total (au lieu de 13,4% précédemment et de 16% en 2006). A ce constat chiffré, déjà éloquent, s'ajoute le fait que les médiateurs nommés pour une durée déterminée sont fréquemment reconduits dans leurs fonctions. Dès lors, les intéressés bénéficient d'une stabilité suffisante pour inscrire leur action dans la durée et disposer d'un degré d'indépendance conforme aux principes posés tant par la Commission européenne que par le Comité de la médiation bancaire. »⁴⁸⁵. La tendance est donc nettement en faveur de médiateurs disposant d'un mandat stable dans le cadre de leurs fonctions, ce qui conforte leur indépendance. Ils peuvent en effet

⁴⁸⁴ On peut faire un parallèle ici avec le mécanisme de nomination des conseillers d'Etat par le pouvoir exécutif dont ils sont chargés de contrôler la légalité des actes. L'indépendance du Conseil d'Etat ne paraît pas pour autant être remise en cause...

⁴⁸⁵ Bilan annuel 2008, p. 38.

exercer leur activité sans avoir l'appréhension de ne pas être reconduits. On pourrait en effet penser que l'incertitude des médiateurs quant au renouvellement de leurs mandats peut conduire certains d'entre eux à adopter une posture plus favorable aux banques, en vue d'être reconduits dans leurs fonctions, ce qui porterait atteinte à leur impartialité. La pratique consistant à conférer des mandats stables aux médiateurs est un gage supplémentaire d'indépendance et d'impartialité de ces derniers. Elle doit donc être encouragée.

312. Mais il reste possible de promouvoir une plus grande indépendance d'esprit du médiateur, en particulier aux yeux du grand public. La première condition de réussite d'une médiation dépend, en effet, de la confiance que les parties accordent au tiers chargé de conduire ce mode conventionnel de règlement des litiges. A cet effet, le Conseil national de la consommation (CNC) a émis, en 2006, un avis contenant des préconisations allant dans le sens d'une plus grande indépendance du médiateur. D'après cet avis, « un médiateur extérieur à l'entreprise, notamment commun à un secteur professionnel (cf. secteur de la téléphonie, Internet) est préférable sans être impératif. »⁴⁸⁶. La nomination d'un médiateur « pour compte commun » paraît en effet davantage susceptible de créer une confiance plus grande de la clientèle dans le dispositif de médiation. A cet effet, les systèmes de médiation mis en place par la FBF (Fédération bancaire française) ou l'ASF (Association française des sociétés financières) sont à saluer. Cette dernière association dont le système de médiation existe depuis 1995 promeut une plus grande indépendance de l'institution. En effet, la charte de médiation de l'ASF a été élaborée en concertation avec les organisations de consommateurs, et ces dernières sont également consultées pour la nomination du médiateur. Cet exemple de collaboration entre établissements financiers et associations de consommateurs devrait servir de modèle dans le domaine de la médiation bancaire. La crédibilité des chartes de médiation et celle du médiateur en sortent renforcées. La nomination de certains médiateurs a en effet pu être critiquée par des associations de consommateurs. C'est ainsi que d'après l'AFUB (Association française des usagers de banque), « les banques ont recours le plus souvent à des personnalités extérieures dont la compétence paraît parfois divinatoire, tel le concours de Mme de Mourgues, professeur de science économique à la retraite et nommée « médiateur » du CCF-HSBC. »⁴⁸⁷. S'il nous paraît difficile de juger l'action d'un médiateur *a priori*, on peut tout de même relever que la personnalité du médiateur peut être un gage d'une médiation

⁴⁸⁶ Rapport du Comité de la médiation bancaire pour 2005, p.98

⁴⁸⁷ www.afub.org/mediateurs.php

de qualité⁴⁸⁸, comme l'a relevé l'avis du CNC sus évoqué : « l'objectif est de s'assurer des qualités humaines et professionnelles du médiateur : sa formation générale et, en particulier, sur la médiation, son expérience professionnelle, ses compétences élevées et adaptées, ses qualités d'écoute et de probité. Sur demande, son CV sera communiqué à tout intéressé (comité de suivi, consommateur, professionnel, association, etc.) et sera inséré dans le rapport annuel. Ce CV sera sincère, complet et détaillé. ».

313. Quelques médiateurs paraissent tout de même avoir une personnalité qui les prédispose à assumer leurs fonctions de façon idoine. A titre d'exemple, on citera Mme Christiane SCRIVENER, médiatrice auprès de la Société Générale, ancien secrétaire d'Etat à la consommation, ancien commissaire et parlementaire européen. Mme Annie BATLLE, médiatrice⁴⁸⁹ auprès du Groupe BNP Paribas jusqu'au 31 décembre 2009, a occupé les fonctions de Directrice du Consumérisme et du Service National Consommateur de France Télécom, où elle a créé et développé ce service. M. Jacques VISTEL, conseiller d'Etat, est médiateur auprès du Crédit Lyonnais (LCL).

Pour une plus grande transparence, le nom du médiateur doit être porté à la connaissance de la clientèle, ce qui n'est pas toujours le cas. En outre, l'existence de la médiation doit être rappelée aux clients, à l'ouverture du compte et lors de tout différend, par des moyens autres que les relevés de compte, la convention de compte de dépôt, ou encore le site internet de la banque.

314. L'avis du CNC prévoit également que « dans le cas d'un médiateur d'entreprise, des dispositions particulières doivent assurer son indépendance : principalement son rattachement direct à la présidence ou à la direction générale, et la distinction claire entre, d'une part, le service de médiation qui doit notamment disposer d'un budget et des moyens d'investigation propres, et, d'autre part, le service clientèle ou consommateur. ». Le médiateur doit, en effet, être au plan organique séparé des services internes de la banque, bien qu'au plan fonctionnel, son intervention se fasse à la suite des recours des clients auprès de ces services. Cette séparation organique lui permet d'avoir le recul nécessaire par rapport aux entités de la

⁴⁸⁸ En l'absence d'une école renommée de formation des médiateurs, à l'instar de l'ENM pour les magistrats, il paraît difficile d'avoir une présomption de compétence ou d'incompétence d'un médiateur à sa nomination. Il est plus aisé de juger son action *a posteriori*. Cette assertion semble également s'appliquer aux arbitres. Les magistrats quant à eux bénéficient d'une formation auprès d'une école sélective, ce qui assure une formation des personnels de ce corps, et permet d'entrevoir leur potentiel de compétence à travers les performances réalisées au cours de leur formation. Doit-on en déduire que la justice étatique est de meilleure qualité que celle alternative rendue par les médiateurs et arbitres ?

⁴⁸⁹ Depuis le 1^{er} janvier 2010, la nouvelle médiatrice de la BNP est Dominique Boisseau-Chevallier.

banque ayant déjà connu le litige. Il a ainsi un regard nouveau sur le litige, ce qui est propice à une bonne médiation.

315. Le Conseil national de la consommation préconise aussi que « dans tous les cas, le mode de rémunération du médiateur ne doit pas être lié aux résultats de la médiation ; avec l'accord de l'intéressé, il peut être rendu public. La durée du mandat doit être suffisante : deux ans minimum avec révocation possible uniquement pour juste motif. Le médiateur s'engage à signaler tout conflit d'intérêt pouvant survenir au cours de son mandat. » Le médiateur n'est pas salarié de la banque, et ne saurait être rémunéré en fonction des résultats de la médiation.

Il bénéficie d'une indemnisation pour le travail qui constitue une rétribution de l'activité qu'il mène. Si dans le cadre des « médiateurs pour compte commun », la mutualisation des moyens par les banques bénéficiaires de cette médiation conduit à relativiser le débat sur l'indépendance du médiateur, cette question se pose avec une plus grande acuité dans les hypothèses de « médiateur pour compte propre ». L'indemnisation de ce médiateur se fait par l'établissement de crédit qui le désigne, ce qui peut conduire à s'interroger sur son indépendance par rapport à l'organe qui l'indemnise. Peut-on par exemple concevoir que les honoraires d'un arbitre soient entièrement pris en charge par une seule des parties au litige ?

316. Le financement de la médiation par les banques ne se fait pas à perte, dans la mesure où la médiation peut leur permettre de faire l'économie du coût des procès. En outre, les banques bénéficient du travail fait par les médiateurs pour améliorer la qualité de leurs services et ainsi prévenir des potentiels litiges ultérieurs. *A priori*, le financement de la médiation par l'une des parties au litige peut faire débat. Dans le cadre de la médiation judiciaire, « les parties déterminent librement la répartition entre elles de la charge des frais de la médiation », conformément à l'art. 22 de la loi du 8 février 1995. Cette disposition est de nature à dissiper les suspicions quant à la dépendance financière du médiateur judiciaire par rapport à l'une des parties. On aurait ainsi pu imaginer un financement conjoint par les banques et les associations de consommateurs qui réclament voix au chapitre dans la nomination des médiateurs. L'AFUB par exemple propose la possibilité pour les établissements de crédit de confier la médiation à des associations de consommateurs. Si au plan juridique cette solution est envisageable⁴⁹⁰ (bien qu'elle soit aussi susceptible de poser le problème de l'impartialité du médiateur), le caractère opérationnel d'un financement conjoint

⁴⁹⁰ L'art. 131-4 du code de procédure civile prévoit que : « la médiation peut être confiée à une personne physique ou à une association. ».

de la médiation par les banques et associations de consommateurs ne paraît en revanche pas totalement garanti. Sur quels critères seraient choisies les associations devant participer à ce financement ? Auraient-elles les moyens d'y faire face ? Dans quelle proportion devraient-elles contribuer au financement ? *Au prorata* du nombre d'adhérents ? A leur présence médiatique ? Toutes ces questions conduisent à penser qu'un financement conjoint du mécanisme semble difficile dans sa mise en œuvre.

Faut-il donc recourir au financement public comme c'est par exemple le cas en Espagne ou en Suède ? La solution ne nous paraît pas la meilleure, notamment compte tenu des déficits publics qui se sont davantage amplifiés du fait de la crise économique⁴⁹¹. On notera par ailleurs que la médiation judiciaire ne repose pas sur un financement public.

317. Le système actuel de médiation bancaire bien que n'étant pas parfait, ne paraît pas dans la pratique poser de réel problème d'indépendance des médiateurs. L'indemnisation des médiateurs se fait en effet sous le contrôle du Comité de la médiation bancaire, qui doit s'assurer qu'elle s'effectue de manière régulière. En outre, les banques ne semblent pas se plaindre du financement de la médiation mise en place par la loi, dès lors qu'elles y trouvent leur compte, notamment en termes d'amélioration non seulement de la qualité du service, mais aussi de leur image vis-à-vis de la clientèle. Elles y gagnent également au plan de la prévention des litiges, qui permet de faire l'économie des frais de procédures judiciaires et de fidéliser la clientèle.

En outre, les statistiques tirées du bilan du comité de la médiation bancaire pour 2007 et 2008 tendent à conforter l'idée que le financement de la médiation par les banques ne paraît pas conduire ces derniers à proposer des recommandations majoritairement favorables aux banques. On rappellera que d'après ces bilans, les recommandations du médiateur sont au moins partiellement favorables au client dans près de 1 cas sur 2 et entièrement favorables dans près d'1 cas sur 3.

B- LES PROCEDURES ET LA FIN DE LA MEDIATION

1) Les procédures de médiation bancaire

⁴⁹¹ Ce déficit se chiffrait fin 2009 à 140 milliards d'euros, entraînant des rappels à l'ordre de la part des instances européennes. D'où parfois des contestations de ces interventions européennes par les autorités nationales.

318. Chaque établissement de crédit met en place la procédure qui lui convient dans le cadre de sa charte de médiation, pour les établissements choisissant un « médiateur pour compte propre ». Les banques ayant un « médiateur pour compte commun » adhèrent à la procédure de médiation régissant l'activité de ce dernier. En règle générale, la saisine du médiateur se fait par écrit⁴⁹², le médiateur pouvant par la suite entendre les parties s'il le souhaite.

On doit toutefois relever que la diversité des chartes de médiation des établissements de crédit ne permet pas d'avoir une vision homogène du droit français de la médiation bancaire. L'étude comparative de quelques chartes de médiation permettra d'illustrer cette assertion. En règle générale, les chartes de médiation prévoient que les médiateurs ne peuvent être saisis qu'après épuisement des voies de recours internes à la banque⁴⁹³. Mais on constate des différences en ce qui concerne les délais au terme desquels le médiateur peut être saisi, en cas de silence gardé par la banque suite à une réclamation du client. Ce délai est de deux mois pour la Caisse d'épargne et la BNP. Le Crédit Lyonnais quant à lui ne prévoit pas de délai sur ce point. Il en est de même pour les caisses régionales du Crédit Agricole. Ces banques affirment simplement la nécessité pour le client d'épuiser les voies de recours internes avant toute saisine du médiateur. Pour des raisons de prévisibilité juridique, les chartes de médiation devraient prévoir un délai chiffré. Le médiateur est en effet tenu de statuer dans un délai légal de deux mois à compter de sa saisine, et il est important pour le demandeur et pour le médiateur de savoir avec précision quel est le point de départ de cette saisine.

⁴⁹² Cf. art. 5 de la Charte de médiation du Crédit Agricole, art. 5 de la charte des Caisses d'épargne et Banques Populaires, art. 3 de la Charte du Crédit Lyonnais (LCL), art. 4 de la charte de la Société Générale, I de la Charte de la BNP, art. 4 de la charte de la FBF (Fédération Bancaire Française).

⁴⁹³ Cette disposition est critiquée par l'AFUB notamment, pour son caractère prétendument contraire au texte de la loi MURCEF. En pareil cas, les médiateurs renvoient en effet les clients aux services internes (service clientèle, service réclamation) des banques avant une éventuelle nouvelle saisine du médiateur au cas où le client n'aurait pas obtenu satisfaction. Certes la loi ne prévoit pas ces étapes intermédiaires préalables à tout recours devant le médiateur, mais cette saisine en dernier ressort s'explique par des raisons pratiques et juridiques évidentes. Il est question d'éviter un engorgement des services du médiateur par des contestations qui peuvent être réglées en amont. Il nous paraît donc logique que le médiateur, qui dispose d'un délai légal de 2 mois pour statuer n'intervienne qu'en dernier ressort, dès lors qu'il est certain que les parties n'ont pas pu trouver une solution au différend, ce qui peut caractériser l'existence du litige.

Par ailleurs, le délai légal de la médiation bancaire (2 mois) est plus court que celui de la médiation judiciaire (3 mois renouvelable une fois) prévu à l'art. 131-3 du CPC. Cette contrainte temporelle peut également expliquer l'opportunité de saisir le médiateur bancaire d'un différend persistant voire d'un litige, et non d'une simple réclamation.

Cela permet par ailleurs un gain de temps et de productivité, dans la mesure où les cas de renvoi des réclamations vers les services des banques pour saisine prématurée s'en trouveraient réduits.

319. On constate en outre que les divergences apparaissent même entre les chartes de médiation des banques autonomes appartenant à un même groupe. Le Crédit agricole par exemple n'a pas de médiateur commun, les caisses régionales pouvant choisir entre le recours à un médiateur propre, ou le recours à celui de la FBF (Fédération bancaire française).

Au sein de ce groupe bancaire, le régime juridique de la médiation varie également d'un établissement à l'autre. La charte de médiation du Crédit agricole de Normandie-Seine prévoit en son article 9 que « l'absence de réponse aux recommandations qui sont notifiées au client et à la Caisse régionale pendant plus de 15 jours vaudra refus des propositions qui leur sont faites par le médiateur. ». Sur ce point, la Caisse régionale du Crédit Agricole Nord Midi-Pyrénées prévoit en son article 9 que ce délai est de 8 jours.

Par ailleurs, malgré leur fusion, la Caisse d'épargne et la Banque populaire conservent chacune l'autonomie de son réseau, et par conséquent de sa (ou ses) systèmes de médiation. Il va sans dire que le client qui change d'établissement au sein d'un même groupe ne sera pas soumis à la même procédure de médiation.

320. On le voit, au sein d'un même groupe bancaire, le client peut être soumis à des régimes de médiation différents, en fonction du médiateur qu'il saisit. Les banques développant des activités diverses ont également plusieurs médiateurs, d'où les risques de conflits de médiateurs. La BNP par exemple prévoit une médiation pour « sa clientèle de personnes physiques agissant pour des besoins non professionnels, portant sur les produits bancaires et financiers et les services proposés par la banque. ». Mais elle a une filiale spécialisée dans le crédit à la consommation (CETEM) qui a adhéré au mécanisme de médiation de l'ASF, laquelle possède sa propre charte de médiation et son médiateur. La BNP détient aussi à parts égales avec les Galeries Lafayette⁴⁹⁴ la société Médiatis SA, qui a adhéré au système de médiation de l'ASF. Un même groupe bancaire peut donc être soumis à des chartes différentes et par conséquent à une diversité de procédures de médiations et de médiateurs, intervenant pour les mêmes clients. Cette réflexion est également valable pour la Société Générale dont la filiale Franfinance a adhéré au système de médiation de l'ASF. Il en est de même pour le Crédit-mutuel CIC qui contrôle majoritairement la société Cofidis,

⁴⁹⁴ Les établissements sont réunis au sein du groupe LASER.

laquelle adhère au dispositif de médiation de l'ASF. On peut également citer Sofinco, membre de l'ASF et filiale du Crédit Agricole. Les filiales créées par les banques afin d'avoir des entités spécialisées dans certaines opérations disposent de chartes de médiations et de médiateurs différents de ceux des sociétés-mères. Les clients de ces banques qui concluent les contrats avec les filiales ne sont pas nécessairement au courant de cette distinction.

D'où la nécessité d'une harmonisation⁴⁹⁵ des chartes de médiation, afin de parvenir à un régime juridique de la médiation bancaire française présentant une certaine homogénéité. Cette harmonisation est d'autant plus souhaitable dès lors que le système de médiation de la loi MURCEF est désormais largement étendu, notamment à l'épargne et aux opérations d'investissement des consommateurs. On sait également que certaines banques ont étendu le bénéfice de la médiation institutionnelle à l'ensemble de leur clientèle, ce qui inclut les personnes morales et les professionnels. Il pourra être malaisé à tous ces clients d'identifier le médiateur à qui soumettre leur litige, ainsi que la procédure appropriée, au cas où ils ne sont pas suffisamment informés par les banques. Il n'est pas exclu qu'on assiste à des conflits de chartes de médiations et de médiateurs. On sait par exemple qu'il existe un médiateur de l'AMF, qui pourrait être en concurrence avec celui prévu par la charte de médiation de la banque. Il semble donc nécessaire de coordonner les textes (loi MURCEF révisée, texte de l'AMF en matière de médiation). En outre, une harmonisation des différentes chartes de médiation dans le secteur bancaire et financier serait souhaitable.

2) L'avis du médiateur

321. Les chartes de médiation présentent des divergences quant au sort réservé à la solution proposée par le médiateur. Ainsi par exemple, à la BNP, au groupe Caisse d'épargne ou encore au Crédit Lyonnais, l'avis ou la recommandation du médiateur ne lie pas les parties. Quant à la charte de médiation de la Société Générale, elle prévoit en son art. 7 que cette banque « s'engage par avance à se conformer aux décisions prises par le médiateur. ». Cette solution est une marque de confiance vis-à-vis du médiateur. Dans une optique essentiellement commerciale, le principe pour les banques devrait être de se conformer à l'avis ou à la recommandation du médiateur. Une telle solution pourrait avoir le mérite de promouvoir la médiation auprès de la clientèle, du fait de la confiance qu'elle inspire. Toutefois, au cas où les banques refusent de se conformer à l'avis, elles devraient le faire par

⁴⁹⁵ La Charte de médiation proposée par la Fédération bancaire française peut servir de modèle à une harmonisation de l'ensemble des chartes de médiation.

décision motivée. On ne peut en effet exclure les risques d'erreur dans le cadre de l'activité du médiateur, risques inhérents à toute activité de règlement d'un litige. L'absence de voies de recours en matière de médiation, et le régime juridique strict de la transaction⁴⁹⁶ peuvent conduire les parties à se réserver la possibilité d'étudier la recommandation du médiateur, avant d'y consentir.

322. Le bilan de la médiation pour 2008 montre qu'en général, la grande majorité des établissements de crédit se conforment au final à l'avis du médiateur. D'après ce bilan, « seule une très faible minorité d'établissements (10%, chiffre identique aux années précédentes) accepte de s'imposer, par avance, l'obligation de se conformer aux avis issus de la médiation. La plupart d'entre eux souhaitent, en effet, continuer de disposer d'une liberté d'appréciation de principe quant à l'opportunité de suivre ou non ce qui doit rester, en termes d'affichage, un simple avis et non une décision s'imposant aux parties en présence. S'ils se refusent à reconnaître, *a priori*, la force contraignante des recommandations formulées dans le cadre du processus de médiation, la quasi-totalité des établissements (93%) déclarent, en revanche, "suivre systématiquement" les avis rendus par leur médiateur. Il importe de souligner que cette proportion est en progression de neuf points par rapport à l'exercice 2007. Sachant que, de surcroît, les cas de refus par les très rares services qui disent ne pas se conformer systématiquement aux avis, sont marginaux, il est possible d'affirmer que les avis émis par les médiateurs revêtent une valeur contraignante pour les établissements et sont systématiquement mis en œuvre par leurs services opérationnels. Dans ces conditions, la question de savoir s'il convient de conférer de manière formelle une force contraignante aux avis apparaît secondaire. Plus importante est la capacité du dispositif à exercer une action crédible vis-à-vis des établissements comme de la clientèle. Compte tenu du résultat obtenu en ce domaine, l'objectif paraît largement atteint.»⁴⁹⁷.

Il ne nous semble pas souhaitable de conférer par voie législative force contraignante à l'avis du médiateur. La médiation est une activité conventionnelle de règlement des litiges et on ne saurait la transformer en activité décisionnelle. Le médiateur n'est en effet pas un tiers devant trancher le litige par une décision contraignante comme le ferait un juge. Les parties

⁴⁹⁶ Conformément à l'art. 2052 C. civ., « les transactions ont entre les parties, l'autorité de la chose jugée en dernier ressort. Elles ne peuvent être attaquées pour cause d'erreur de droit, ni pour cause de lésion. »

L'art. 2053 C. civ. quant à lui dispose : « Néanmoins une transaction peut être rescindée, lorsqu'il y a erreur dans la personne ou sur l'objet de la contestation.

Elle peut l'être dans tous les cas où il y a dol ou violence. » Ces dispositions rendent très peu probable les possibilités de remise en cause d'une transaction conclue entre la banque et son client.

⁴⁹⁷ Bilan annuel 2008, p. 40-41.

recourent à la médiation parce qu'elles souhaitent justement éviter le juge, et bénéficier des avantages que présente ce mode alternatif de règlement des litiges. La souplesse de ce mécanisme figure au nombre de ses éléments d'attrait. Certes, les banques nomment les médiateurs « pour compte propre », et évoluent dans un environnement commercial qui incline à une certaine souplesse, mais la médiation est avant tout un mécanisme juridique. Ce mécanisme repose sur la liberté des parties de conclure ou non un accord. Il va sans dire que si certaines banques préfèrent se conformer systématiquement à l'avis du médiateur, on ne saurait juridiquement contraindre l'ensemble du système bancaire à adopter une telle mesure.

323. Dans toutes les hypothèses, le client reste libre de suivre l'avis du médiateur. Le bilan annuel 2008 révèle ainsi que la très grande majorité des clients acceptent les conclusions du médiateur, que celles-ci leur soient favorables ou non⁴⁹⁸. Dans le cas où l'avis est favorable au client, ce dernier peut conclure un accord avec la banque. Il serait intéressant de s'intéresser à la nature juridique de cet acte de règlement, de même qu'à celle de l'activité dont elle découle.

C- LA NATURE JURIDIQUE DE L'ACTIVITE ET DE L'ACTE DE REGLEMENT

324. La dénomination que les chartes de médiation donnent à l'accord conclu entre les banques et leurs clients suite à l'avis du médiateur n'est pas la même. Pour le Crédit Lyonnais par exemple, il s'agit d'un constat d'accord. Ce constat d'accord a-t-il la nature juridique d'une transaction ? Si on est dans le cadre d'une médiation, le terme transaction devrait être préféré, afin de lever toute ambiguïté quant à la qualification de l'acte de règlement. Cet exemple est suivi par les chartes de médiation de la BNP ou encore du groupe Caisses d'Epargne. Il est toutefois vrai que dans pratique, la qualification de cette activité de règlement ne renvoie pas forcément à la médiation. Par conséquent, au plan strictement

⁴⁹⁸ Bilan annuel 2008, p. 40.

juridique, la notion de transaction peut être discutable, bien que théoriquement, elle soit recommandable.

En effet, les interventions des médiateurs, lors de la réunion d'information à eux consacrée par le Comité de la médiation bancaire le 12 juin 2006 au siège de la Banque de France, conduisent à s'interroger sur le point de savoir si le dispositif issu de la loi MURCEF constitue dans la pratique une médiation au sens juridique du terme. En effet, il en ressort que la prise en compte de considérations d'ordre social constitue un élément important dans l'analyse des dossiers soumis aux médiateurs. Ces interventions, contenues dans le bilan de la médiation bancaire pour l'année 2005, révèlent que les médiateurs se fondent notamment sur la personnalité du client, de ses connaissances en matière d'opérations bancaires, lorsqu'ils sont saisis. L'existence d'un litige, entendu comme différend présentant un caractère juridique ne semble ainsi pas *a priori* constituer l'élément essentiel d'admission du dossier à la médiation. Dans bien des cas, les dossiers soumis aux médiateurs ne portent pas sur des questions liées à des divergences strictement juridiques. Comme l'a déclaré Mme BATLLE ancienne médiatrice auprès du groupe BNP au cours de la réunion d'information sus évoquée, « beaucoup trop de litiges ne sont que l'aboutissement de malentendus, d'incompréhension de part et d'autres, de difficultés relationnelles, d'une insuffisante réactivité ou anticipation de problèmes pourtant récurrents. Ils coûtent cher en temps et en énergie au client et à la banque et cette dernière, entreprise de service, y expose sa réputation. ». Il n'est pas exclu que ces différends soient d'ordre juridique, mais ce critère ne semble pas être le plus déterminant dans l'acceptation des dossiers de réclamation par les médiateurs. Dans un tel contexte, la résolution du conflit se fonde principalement sur l'équité. A ce propos, Mme SCRIVENER rappelait au cours de cette réunion qu'« il s'agit de trouver une solution, non sous forme d'avis juridique ou technique mais de règlement qui tienne compte de tous les éléments du litige : contrat passé entre le client et la banque et documents signés (ce qui engage les deux parties), contexte dans lequel l'opération a eu lieu, mais aussi âge, niveau de formation et bonne foi des uns et des autres. Certains éléments peuvent aussi intervenir et cette alchimie parfois complexe permet de dégager une solution fondée sur le principe d'équité, qui régit toute médiation. »⁴⁹⁹.

325. On ne peut que se réjouir de ce recours à l'équité qui correspond bien à l'esprit d'une médiation ; mais la question se pose de savoir si la médiation bancaire telle que ci-dessus décrite peut être considérée comme une médiation au sens du code de procédure civile.

⁴⁹⁹ Bilan de la médiation bancaire pour 2005, p. 53.

Autrement dit, la médiation consiste-t-elle à régler les litiges, ou à résoudre de simples contestations pouvant être uniquement d'ordre factuel entre banques et clients ? La question est d'autant plus pertinente que les médiateurs reconnaissent qu'en règle générale, les banques respectent la loi. Les situations qui leur sont soumises concernent fréquemment des malentendus, des incompréhensions, des difficultés relationnelles, bref des situations pouvant être davantage factuelles que juridiques. Il ne s'agit donc pas nécessairement de litiges au sens où l'entend le discours sur le droit, c'est-à-dire de différends présentant un caractère juridique. On concèdera toutefois que le rattachement d'une situation factuelle au droit peut sembler dans bien des cas facile, par exemple par un recours à la notion de bonne foi dans l'exécution du contrat, ou encore par la mobilisation des obligations d'information, de conseil ou de mise en garde du banquier, obligations susceptibles d'interprétation. Le droit offre en effet de nombreux moyens de conférer à des situations factuelles une qualification juridique. La responsabilité contractuelle et celle délictuelle⁵⁰⁰ permettent ainsi de saisir juridiquement une multitude de faits. En posant le principe de l'art. 1147 C. civ. selon lequel « le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts, soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part », le législateur ouvre en effet la voie au rattachement de nombreuses situations factuelles au droit. Le concept d'inexécution ou de mauvaise exécution du contrat donne ainsi lieu à une importante activité jurisprudentielle. Le juge est parfois amené à créer des obligations permettant d'étendre le champ de la responsabilité. Aux obligations légales, s'ajoutent celles d'origine jurisprudentielle, dont l'étendue peut varier au fil du temps ou de l'évolution socio économique. Il s'en faut souvent de peu pour qu'une situation factuelle de désaccord entre les parties soit susceptible de recevoir une qualification juridique, surtout lorsqu'on est en présence de personnes bénéficiant d'une protection juridique. Toutes ces considérations conduisent à relativiser la distinction entre les notions de conflit, différend et litige, lesquels ne sont pas séparés par une frontière étanche.

326. On note toutefois que la loi MURCEF mentionne le terme litige, s'agissant de la médiation bancaire. L'intention du législateur n'est-elle pas de faire référence à une situation de désaccord d'ordre juridique ? C'est probablement en ce sens que les chartes de médiation prévoient que le médiateur est saisi en cas d'épuisement des voies de recours internes à la

⁵⁰⁰ L'art. 1382 C. civ. en prévoyant que : « tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par lequel il est arrivé, à le réparer », ouvre la voie à de multiples possibilités de saisir le juge.

banque. On suppose que si le différend n'a pas pu être réglé en interne, c'est qu'il présente une réelle difficulté, qui peut traduire une différence d'appréciation au plan juridique. En effet, conformément à l'art. 131-2 du CPC, « la médiation porte sur tout ou partie du litige. ». Ce code régit certes la médiation judiciaire, la médiation bancaire relevant quant à elle du domaine conventionnel. Mais dans les deux cas, il s'agit d'hypothèses où un tiers intervient pour permettre aux parties de régler un litige par voie conventionnelle. L'art. 2044 du code civil évoque le terme « contestation » s'agissant de la transaction, acte de règlement issu de la médiation. Toutefois, cette diversité terminologique ne doit pas faire oublier qu'« il y a action dans transaction ; plus que la volonté même commune, de mettre fin au litige, c'est la renonciation à l'action qui est le propre de la transaction. »⁵⁰¹. La référence de l'art. L. 315-1 CMF (issu initialement de la loi MURCEF) au terme litige trouve donc sa justification, de même que la suspension de la prescription prévue par ce texte.

Sur le plan strictement juridique, la médiation bancaire devrait avoir pour but de régler les litiges, afin d'éviter aux parties d'entreprendre des actions en justice. C'est l'une des raisons du développement des MARC. Les MARC constituent en effet une alternative au juge étatique. Ils ont en principe pour but de régler les litiges dont on souhaite que le juge soit en partie déchargé. Certes les MARC ont aussi pour but de traiter les conflits, mais doit-on les réduire uniquement à cette dernière dimension ? La réponse paraît négative, le terme alternatif semblant être choisi en référence au juge. Il va sans dire que les conflits traités par les MARC doivent avoir une composante juridique. Mais comme on l'a vu plus haut, cela ne semble pas toujours être le cas. Dans la pratique de la médiation bancaire, la notion de litige paraît être interprétée par les médiateurs dans un sens large, se confondant avec celle de situation conflictuelle persistante. Peut-on dès lors toujours parler de médiation au sens juridique du terme ? La pratique ne montre-t-elle pas qu'il s'agit dans certains cas d'un système de régulation des rapports conflictuels entre banques et clients ? Dès lors, ne doit-on pas qualifier les accords qui en sont issus au cas par cas, la qualification de transaction devant être réservée aux accords réglant de véritables litiges à la suite de concessions réciproques ? Il va sans dire qu'une part de ces accords devraient être considérés comme de simples gestes commerciaux, dans les cas où il n'y a ni litige, ni concessions réciproques.

327. Si on admet que le médiateur bancaire joue un rôle davantage socio commercial que juridique, on est en droit de s'interroger sur la pertinence des propositions sus évoquées, lesquelles sont destinées à garantir le caractère équitable d'un mécanisme juridique (et non

⁵⁰¹ L. Cadiet, E. Jeuland, Droit judiciaire privé, 5^e éd. Litec 2006, p. 313.

social) de règlement des litiges. Mais le dispositif mis en place par la loi MURCEF est juridique, et doit donc s'accompagner des garanties liées à une médiation, dans l'acception juridique du terme. Il va sans dire que bien qu'en pratique, les médiateurs bancaires ne soient pas nécessairement saisis de véritables litiges, la réflexion sur la conformité du dispositif aux exigences d'une réelle médiation équitable se justifie largement. Cela est d'autant plus vrai au vu du caractère particulièrement important de l'activité bancaire, qui est une activité de masse impliquant quasiment l'ensemble des personnes physiques et morales, professionnels ou consommateurs. L'équité d'un mécanisme de règlement destiné potentiellement à un très grand nombre de personnes doit donc constituer une préoccupation importante, dans le cadre de la promotion d'une société apaisée reposant sur une « justice douce », laquelle privilégie le conventionnel au juridictionnel dans le traitement des conflits. Par conséquent, bien que la qualification de médiation ne convienne pas toujours à l'activité de règlement des conflits par le médiateur bancaire, ce dernier par son action contribue à améliorer les relations entre les établissements de crédit et leurs clients. Les relations contractuelles peuvent en effet être émaillées de différends persistants dont la nature n'est pas nécessairement juridique. Dans ces hypothèses, le médiateur bancaire joue le rôle d'un régulateur des situations conflictuelles, et ce rôle est important dans le cadre d'une activité de masse. L'objectif visé est similaire à celui d'une médiation au sens juridique de ce terme. Cette dernière a en effet pour but de régler conventionnellement les litiges, tout en évitant la subsistance du conflit, ce qui est de nature à favoriser la poursuite harmonieuse des rapports entre les parties. Par ailleurs, la souplesse et la gratuité qu'offre la médiation bancaire en font un atout majeur dans le cadre du règlement des situations conflictuelles impliquant la clientèle. Elle permet en effet une résolution équitable de ces situations, ce qui peut contribuer à éviter la détérioration de l'image de marque des banques, et favoriser une vie contractuelle sereine. Dans un secteur de services aussi concurrentiel, la médiation apparaît comme un instrument permettant de fidéliser une clientèle.

La médiation est également une activité de règlement sollicitée en matière de services d'investissement, l'AMF mettant en place un système unique de médiation.

Section 2 : LA MEDIATION DANS LE CADRE DES SERVICES FINANCIERS

328. Le législateur prévoit également un mécanisme de médiation dans le cadre des services financiers. Les banques et leurs clients peuvent donc y recourir en matière d'activité d'intermédiation financière (§ 1). Mais on peut s'interroger sur le point de savoir si ce dispositif ne fait pas désormais (en partie au moins) double emploi avec la médiation de la loi MURCEF, telle que complétée par la loi du 3 janvier 2008, créant ainsi des risques de « conflits de médiateurs » (§ 2). D'où une nécessaire coordination entre les différents textes en la matière.

§ 1- LA MEDIATION DE L'AUTORITE DES MARCHES FINANCIERS

329. L'article L. 621-19 du code monétaire et financier pose le principe selon lequel « l'Autorité (des marchés financiers) est habilitée à recevoir de tout intéressé les réclamations qui entrent par leur objet dans sa compétence et à leur donner la suite qu'elles appellent. Elle propose, lorsque les conditions sont réunies, la résolution amiable des différends portés à sa connaissance par voie de conciliation ou de médiation. (...) ». Par conséquent, les litiges pouvant naître entre les clients et leurs intermédiaires financiers ne sont pas nécessairement soumis à un juge. L'AMF institue en effet un mécanisme d'évitement du juge dans le cadre de la prestation de services financiers. La logique semble être la même qu'en matière d'opérations bancaires. Les banques qui effectuent des services financiers ont donc deux médiateurs à proposer à leur clientèle, en fonction de l'activité concernée. Un médiateur bancaire prévu par l'article L. 315-1 du code monétaire et financier, et celui de l'AMF mis en place par l'art. L. 621-19 de ce même code. La dualité de médiateurs s'explique par la spécificité de ces deux opérations (banque et services financiers). C'est probablement un gage d'efficacité et de célérité dans le règlement amiable des dossiers soumis à ces médiateurs.

330. On peut également signaler que l'AMF prévoit un médiateur unique chargé de proposer des solutions aux « différends » (le terme litige serait plus approprié) financiers

émanant de l'activité de tous les prestataires de ces services, alors qu'en matière bancaire, il n'en va pas de même. En effet, comme nous l'avons montré plus haut, plusieurs banques disposent d'un « médiateur pour compte propre », nommé et indemnisé par chacun des établissements de crédit. Il n'en va pas de même pour le médiateur de l'AMF. Celui-ci est désigné non par les prestataires de services financiers, mais par l'AMF qui en assure le financement. Cela constitue *a priori* une garantie supplémentaire d'indépendance et d'impartialité.

La charte de médiation de l'AMF précise le régime juridique de la médiation financière. D'après cette charte, et en conformité avec l'al. 2 de l'article L. 621-19 CMF, « la saisine de l'AMF, dans le règlement extrajudiciaire des différends suspend la prescription de l'action civile et administrative. ». Celle-ci court à nouveau lorsque l'AMF déclare la médiation terminée. Cette disposition procédurale consacre l'incidence de l'activité de médiation de l'AMF sur l'action en justice. On se rapproche ainsi d'une médiation au sens juridique du terme. Des précisions supplémentaires sont apportées par la charte quant à la saisine du médiateur (A), ainsi qu'au déroulement et à la fin de la médiation (B).

A- LA SAISINE DU MEDiateur DE L'AMF

331. Le médiateur peut être saisi par tout intéressé, personne physique ou morale, d'un litige à caractère individuel entrant dans le champ d'intervention de l'AMF, s'il n'y a ni procédure contentieuse en cours, ni enquête de l'AMF portant sur les mêmes faits. A titre d'exemple, le médiateur peut être saisi dans le cadre des litiges mettant en jeu le fonctionnement des marchés comme l'information des investisseurs, l'exécution des ordres (délais, contenu), ou encore de ceux concernant la gestion de portefeuille. Au plan statistique, le rapport du médiateur de l'AMF pour 2009⁵⁰² révèle ainsi que la répartition des médiations par thème s'est effectuée de la manière suivante : 67% en matière de gestion sous mandat,

⁵⁰² Rapport préc., p. 15.

produits collectifs, 13% relevaient de la réception transmission d'ordre, 11% de divers, et 9% portant sur la tenue de compte-conservation.

D'après ce rapport, 92% des réclamations ont émané des investisseurs personnes physiques, 5% des administrations et autres autorités, 3% des avocats, associations et prestataires de services d'investissement⁵⁰³. Au total, 735 demandes de médiation ont été reçues en 2009.

La saisine est d'autant plus facilitée qu'elle est gratuite, offrant ainsi la possibilité au plus grand nombre de personnes de bénéficier de la médiation de l'AMF. Comme en matière bancaire, il n'existe donc aucune barrière financière à la saisine du médiateur. Le rapport 2009 révèle par ailleurs que les saisines proviennent principalement de la France métropolitaine et d'Outre-Mer. Ces saisines se font par courrier postal ou au moyen des trois formulaires électroniques (demande de consultation, de médiation et de transmission d'informations) directement accessibles sur le site internet de l'AMF (www.amf.org) à la rubrique « Médiateur »⁵⁰⁴.

332. La charte de l'AMF pose également le principe d'une première démarche préalable. En effet, toute réclamation adressée au médiateur doit avoir été précédée d'une première démarche ayant fait l'objet d'un rejet total ou partiel auprès du prestataire de service d'investissement ou de l'émetteur concerné. Il s'agit d'une règle de bon sens, destinée à permettre aux parties d'essayer préalablement de régler leurs différends entre elles, avant saisine éventuelle du médiateur. Si une solution est trouvée entre les parties, la saisine du médiateur de l'AMF deviendra dès lors sans objet. On évite ainsi un engorgement inutile des services du médiateur, par des différends pouvant être réglés en amont. Cette règle permet également de caractériser l'existence d'un différend entre les parties, lequel peut constituer un litige, objet de la médiation au sens de l'art. 131-2 CPC. La logique est globalement la même que celle des chartes de médiation mises en place par les banques dans le cadre de la loi MURCEF.

B- LE DEROULEMENT ET LA FIN DE LA MEDIATION

⁵⁰³ Rapport préc. p. 7.

⁵⁰⁴ Rapport préc. p. 6.

333. Les financements nécessaires au fonctionnement de la médiation sont garantis par le budget de l'AMF. La charte précise également que la procédure de médiation ne peut être mise en œuvre que si les deux parties acceptent d'y recourir. On ne saurait donc contraindre l'une des parties à recourir à la médiation.

La durée de la médiation est prévue par la charte. Elle est en principe de trois mois à compter du moment où tous les éléments utiles ont été communiqués au médiateur par les parties.

Les garanties d'une médiation équitable sont posées par le texte. En effet, la charte prévoit que l'instruction du dossier est contradictoire. Elle est écrite, et il est possible au médiateur, s'il le juge utile, de recevoir les parties séparément ou ensemble. Par ailleurs, le médiateur et les parties sont tenus à la plus stricte confidentialité.

334. Il reste possible aux parties de saisir à tout moment les tribunaux. L'intervention du médiateur prend fin en pareil cas. D'après la charte, les échanges intervenus au cours de la procédure de médiation ne peuvent être produits ni invoqués devant les juridictions. Cette règle qui consacre le caractère confidentiel de la médiation est similaire à celle de l'art. 131-14 CPC.

335. Les modalités de clôture de la procédure de médiation sont également inscrites dans la charte de médiation de l'AMF. En effet, la procédure de médiation prend fin soit par la résolution amiable du différend, soit par le constat d'un désaccord de l'une des parties, ou de l'engagement d'une procédure judiciaire relative au litige. Quelle que soit l'issue de la procédure, le médiateur informe, par écrit, les parties de la fin de sa mission. Le rapport du médiateur pour l'année 2009 révèle ainsi que :

« parmi les 887 dossiers de médiation clôturés en 2009, 52% de ceux qui ont pu donner lieu à examen du bien-fondé de la demande ont abouti à un accord. La résolution amiable prend la forme d'une régularisation, comme, par exemple, l'annulation d'une opération contestée, d'une indemnisation totale ou partielle de la perte subie ou du versement d'une somme forfaitaire au bénéfice du client. Il s'agit dans tous les cas d'un « geste commercial » de la part des entreprises mises en causes, non de la reconnaissance d'une

quelconque responsabilité. »⁵⁰⁵ Ce propos doit être nuancé, le « geste commercial » devant être qualifié de transaction, dès lors que cet acte met fin à un litige suite à des concessions réciproques. En effet, on peut logiquement penser que dans bien des cas, le « geste commercial » traduit la volonté de la banque d'éviter d'être poursuivie en justice par son client. Toutefois, il y a lieu de reconnaître que dans une matière aussi complexe, la frontière entre le différend et le litige n'est pas toujours facile à établir. La notion de responsabilité contractuelle peut en effet être interprétée de façon large ou stricte, selon qu'on a affaire à des investisseurs profanes ou à des investisseurs avertis.

336. Le dispositif de médiation de l'AMF semble conforme à l'esprit de ce mode de règlement des litiges au sens du CPC (à l'esprit d'une médiation équitable). La charte de médiation de l'AMF prévoit ainsi que « les moyens nécessaires à l'exercice neutre, impartial et indépendant de la médiation sont inscrits au budget de l'Autorité des marchés financiers. ». Les états de service du médiateur⁵⁰⁶ actuel semblent par ailleurs épouser ces exigences. En outre, le principe du contradictoire prévu par cette charte s'inscrit dans le sens de la promotion d'une médiation équitable, laquelle engendre des conséquences processuelles. L'art. L. 621-19 CMF dispose en effet que : « la saisine de l'Autorité des marchés financiers, dans le cadre du règlement extrajudiciaire des différends, suspend la prescription de l'action civile et administrative. Celle-ci court à nouveau lorsque l'Autorité des marchés financiers déclare la médiation terminée. ».

337. Il serait à présent intéressant de s'interroger sur les interférences éventuelles entre le médiateur de l'AMF et celui de la loi MURCEF, telle que modifiée par la loi du 3 janvier 2008. Cette loi engendre en effet des risques de conflits de médiateurs.

§ 2- LES RISQUES DE CONFLITS DE MEDiateURS

338. D'après l'art. L. 315-1 CMF tel que modifié par la loi du 3 janvier 2008 et l'ordonnance du 15 juillet 2009, le médiateur bancaire est chargé de « recommander des

⁵⁰⁵ Rapport préc. p. 10.

⁵⁰⁶ Le médiateur de l'AMF est un magistrat, Mme Madeleine Guidoni. Elle a exercé ses fonctions au sein de la juridiction parisienne (pôle économique et financier), au Conseil de la concurrence et à la chancellerie entre autres... En 2009, ce médiateur était entouré de cinq juristes et deux assistantes.

solutions aux litiges avec des personnes physiques n'agissant pas pour des besoins professionnels, relatifs aux services fournis et à l'exécution de contrats conclus dans le cadre du présent titre et du titre II du présent livre et relatifs aux produits mentionnés aux titres Ier et II du livre II. ».

Le titre II auquel renvoie cette disposition concerne les services d'investissement et les services connexes. En outre, les produits auxquels la loi fait allusion sont : les instruments financiers et les produits d'épargne. Le médiateur bancaire est donc désormais compétent pour proposer des recommandations aux litiges relatifs aux contrats portant non seulement sur les opérations de banque, mais aussi sur ceux liés aux services d'investissement et relatifs aux instruments financiers et aux produits d'épargne. Ce faisant, le médiateur bancaire intervient dans le même domaine de compétence que celui de l'AMF, en ce qui concerne les personnes physiques n'agissant pas pour des besoins professionnels. Les domaines de compétence de ces deux médiateurs se recoupent également pour les clients professionnels, lorsque les chartes de médiation des banques étendent le champ de compétence des médiateurs aux litiges concernant les professionnels. Les clients et leurs banques ont donc désormais la possibilité de saisir deux médiateurs dans le cadre des services financiers et des services connexes. Les risques de conflits de médiateurs existent donc, et on peut s'interroger sur le point de savoir comment ils peuvent être résolus.

339. Si la nécessaire coordination entre les textes ne semble pas avoir prévalu lors de la rédaction de l'art. 23 de la loi Chatel du 3 janvier 2008 insérée à l'art. L. 315-1 du code monétaire et financier, il est possible de proposer des pistes de solution aux risques de conflits que cette loi est susceptible de générer. Il aurait en effet été souhaitable de compléter l'art. L. 315-1 CMF par la règle selon laquelle : « la présente loi ne fait pas obstacle à la saisine du médiateur de l'AMF dans le cadre des litiges ressortissant de sa compétence en vertu du code monétaire et financier. En cas de conflit, le second médiateur saisi doit se dessaisir au profit du premier. Un dialogue est établi si nécessaire entre les deux médiateurs. ».

340. Une telle règle aurait eu le mérite de clarifier la situation en cas de double saisine des médiateurs, et de mieux orienter les clients dans la recherche des solutions par voie de médiation aux litiges auxquels ils sont confrontés. La législation actuelle laisse en effet penser que les rédacteurs du texte de 2008 n'ont pas prévu ce risque de conflit lié à la diversification des activités auxquelles se livrent les banques. L'AMF peut en effet être saisie par tout

intéressé, et les chiffres issus du rapport⁵⁰⁷ 2008 du médiateur de cette Autorité indiquent que 90% des réclamations reçues émanent des investisseurs personnes physiques. Pour l'année 2009, ce chiffre⁵⁰⁸ est de 92%. Dans l'absolu, on pourrait dorénavant aboutir à une saisine du médiateur de l'AMF et de celui de la banque pour un même litige, avec un risque potentiel d'obtenir deux recommandations différentes par des médiateurs devant statuer dans des délais différents : 2 mois pour le médiateur bancaire, et 3 mois en principe pour celui de l'AMF. Cela suppose que les clients investisseurs qui saisissent le médiateur bancaire auront une solution dans un délai *a priori* plus court que ceux qui saisiront celui de l'AMF, pour un même litige. Les deux médiations n'obéissent donc pas à un régime juridique identique. La cohérence du droit français de la médiation bancaire et financière ne semble pas en sortir grandie, bien que les risques de conflits de médiations semblent très théoriques. En effet, on imagine que dans la pratique, la banque qui est conviée à la fois par le médiateur bancaire et celui de l'AMF pour participer à deux procédures de médiation portant sur un même litige soulèvera l'existence d'une double procédure. Ce qui devrait conduire à trouver une solution consistant à dessaisir l'un des deux médiateurs. Dans l'hypothèse où le client et la banque ont saisi l'un et l'autre un médiateur différent, il sera nécessaire de trouver un mécanisme permettant d'éviter une double connaissance du dossier, et une perte inutile de temps pour les médiateurs et les parties. La médiation supposant la participation des parties au processus de négociation, ces dernières devraient se rendre ainsi compte de l'existence de deux procédures en cours devant deux médiateurs différents. Ce qui conduira à trouver une solution consistant en principe à dessaisir l'un des médiateurs. Or, les mécanismes de communication entre les deux médiateurs ne paraissent pas prévus par le législateur. Il reviendra donc à la pratique d'établir ce dialogue de médiateurs, qui peut s'avérer déterminant dans certains dossiers particulièrement complexes. On citera pour s'en féliciter l'exemple du médiateur de l'AMF qui se charge dans certains cas d'orienter les dossiers ne relevant pas de sa compétence vers l'organisme compétent. D'après ce médiateur, « le domaine purement bancaire, notamment ce qui relève du fonctionnement d'un compte de dépôt, des livrets d'épargne ou des dépôts à terme, et de l'octroi de crédit, ainsi que les questions d'application et d'interprétation de la législation fiscale, ne ressortent pas du champ d'intervention de l'AMF. Lorsqu'il n'est pas compétent, le service de médiation indique, dans chaque cas, à ses correspondants le ou les organismes susceptibles de répondre ou d'intervenir. Il transfère parfois directement les

⁵⁰⁷ Rapport du médiateur de l'AMF pour 2008, cf. www.amf-france.org

⁵⁰⁸ Rapport du médiateur de l'AMF pour 2009, p. 9.

dossiers reçus afin d'éviter un allongement des délais de réponse, ou des frais d'envoi, en cas de dossier volumineux. »⁵⁰⁹.

341. Il serait par ailleurs souhaitable que les chartes de médiation des établissements de crédit prévoient les règles relatives à la solution des conflits potentiels de médiateurs, ce qui implique qu'elles soient réécrites en tenant compte de la nouvelle législation issue de la loi du 3 janvier 2008. En outre, les services clientèle ou les services de réclamation devront procéder à l'orientation des clients vers le médiateur le mieux approprié au cas d'espèce.

342. Un certain nombre de questions se posent également suite à l'extension du champ de compétence du médiateur bancaire aux services d'investissement : le médiateur de l'AMF n'est-il pas davantage qualifié de par son expertise pour recommander la solution à un litige portant sur les services d'investissement ? Les recommandations du médiateur bancaire en matière de services d'investissement auront-elles la même qualité technique que celles du médiateur de l'AMF qui est spécialisé en la matière ? Le médiateur bancaire ne devrait-il pas être désormais pourvu en personnels compétents en matière de services d'investissements afin d'avoir un avis plus éclairé lorsqu'il est saisi de ce type de litige ? Ne peut-on pas prévoir dans la loi ou dans les chartes de médiation un mécanisme de collaboration entre les deux médiateurs sur des dossiers requérant une expertise particulière, créant ainsi un « dialogue de médiateurs » au service des clients ? Les risques de conflits entre les deux médiateurs peuvent en effet engendrer une perte inutile de temps aux clients, lesquels souhaitent obtenir une solution aux différends dans les plus brefs délais.

343. En somme, on constate que la médiation bancaire et celle de l'AMF s'inscrivent dans l'esprit de ce mode de règlement, puisqu'elles visent à proposer des solutions aux différends pouvant (tout au moins théoriquement) présenter un caractère juridique. Il n'en va pas nécessairement de même du dispositif de médiation du crédit.

⁵⁰⁹ Cf. Rapport du médiateur de l'AMF 2008, p. 2.

Chapitre 2 : LA MEDIATION DU CREDIT

344. Afin de trouver des solutions au durcissement des conditions du crédit qu'engendre la crise économique actuelle, le Président de la République a nommé le 23 octobre 2008 un médiateur du crédit aux entreprises⁵¹⁰. Au nombre des options qui se présentaient à lui, l'Etat a fait le choix de la médiation pour résoudre la crise du crédit. Il aurait, par exemple, été

⁵¹⁰ Ce médiateur était à l'origine M. René Ricol, expert comptable, commissaire aux comptes. Il a entre autres été l'un des membres fondateurs du cabinet Ricol Lasteyrie spécialisé dans l'ingénierie financière et de gestion du risque financier. Il a également été président de l'observatoire des délais de paiement de 1991 à 1998, et a également animé le groupe d'étude et de mobilisation « Petites et Moyennes Entreprises » mis en place auprès du Premier Ministre. Le Président de la République lui a confié au printemps 2008 la rédaction d'un rapport sur la crise financière, lequel était destiné à préparer la concertation des pays de l'Union dans la perspective de la présidence française de l'Union Européenne. Ces informations sont disponibles à l'adresse <http://www.ricol-lasteyrie.fr/bio/r-ricol.htm>. Gérard Rameix, lui a succédé. Ancien de l'ENA, ce dernier a été conseiller maître à la Cour des comptes, directeur de la caisse nationale d'assurance maladie des travailleurs salariés, directeur de la commission des opérations de bourse et secrétaire général de l'AMF. M. Nicolas Jacquet, préfet hors cadre, a été nommé directeur général des services de la médiation du crédit, par un arrêté de la ministre de l'économie du 30 septembre 2009.

possible de laisser les entreprises et les banques régler leurs différends par les voies qui leur semblaient appropriées. Mais l'importance du crédit pour le financement des entreprises, et partant le fonctionnement de l'économie nationale, a justifié la mise en place d'un système de médiation, notamment du fait de la rapidité et de la souplesse de ce mode conventionnel de règlement des litiges, particulièrement adapté à régler les litiges en période de crise⁵¹¹. Les très bons résultats⁵¹² auxquels parvient le médiateur du crédit confortent largement la justesse du choix de ce mode de règlement. Il s'agissait à l'origine d'un système reposant essentiellement sur un fondement politique, qui a connu plus tard une formalisation juridique susceptible toutefois de soulever quelques interrogations. Il serait intéressant d'exposer le cadre juridique de la médiation du crédit (Section 1), avant d'essayer d'en dégager la nature juridique (Section 2).

Section 1 : LE CADRE JURIDIQUE DE LA MEDIATION DU CREDIT

345. C'est dans le cadre du plan de soutien de l'Etat aux banques qu'a été nommé le médiateur du crédit. En effet, pour faire face à la crise économique, l'Etat avait décidé, avec l'appui de la Commission européenne et de la Banque centrale européenne, de stabiliser le système bancaire français, clé de voûte de l'investissement. Sous l'impulsion du Président de la République, qui assurait également les fonctions de président de l'Union européenne, l'Etat

⁵¹¹ On peut également citer l'exemple de nomination de plusieurs médiateurs dans les récents conflits ayant secoué certains territoires d'outre-mer ou encore celle d'un médiateur dans le conflit entre l'entreprise Molex et ses salariés, afin de mettre fin à cette situation de crise. La médiation se prête aisément à la résolution des conflits en période de crise.

⁵¹² Le rapport d'activité de la médiation du crédit aux entreprises au 21 juin 2009 faisait apparaître les chiffres suivants :

- 12 853 entreprises ont saisi la médiation du crédit depuis le lancement du dispositif.

- 11 000 dossiers ont été acceptés et pris en charge totalisant 2,4 milliards d'euros d'encours de crédit en médiation.

- 8 160 dossiers sont désormais instruits et clôturés (74% des dossiers éligibles). Le dispositif de médiation du crédit aux entreprises a ainsi contribué depuis son lancement à :

- conforter près de 5 356 sociétés de toutes tailles dans leur activité
- débloquer plus d'1 milliard d'euros de crédit (1 040 M d'euros)
- préserver 107 641 emplois en France.

Au 31 mai 2010, le rapport d'activité du médiateur révèle que 25 053 dossiers ont été déposés en médiation entre novembre 2008 et décembre 2009. 20 607 dossiers ont été acceptés, 17 673 dossiers ont été instruits et clos. Ce qui montre un taux de réussite de 63%, 11 166 entreprises confortées, et des encours de l'ordre de 2, 826 135 milliards d'euros. 202 092 emplois ont ainsi pu être confortés par la médiation du crédit.

s'est donc porté garant de ce système, en mettant 320 milliards d'euros de garantie payante, à la disposition des établissements de crédit, dans le cadre de la SFEF (Société de financement de l'économie française). En outre, 40 milliards d'euros avaient été dégagés afin de renforcer les fonds propres des banques, sous la conduite de la SPPE (Société de prise de participation de l'Etat). En échange du soutien de l'Etat, les banques s'étaient engagées à augmenter de 3 à 4% le volume des encours de crédit⁵¹³. Ce pourcentage représentait 75 milliards de prêts supplémentaires à l'économie. Un baromètre mensuel de crédit a été mis en place, afin de s'assurer que les banques respectent leurs engagements. C'est ainsi qu'il a été prévu que les flux de crédit aux entreprises doivent être publiés mensuellement. Le médiateur du crédit a été chargé de centraliser la vérification du respect des engagements des banques.

C'est par une lettre de mission du président de la République qu'avait été nommé ce médiateur le 23 octobre 2008. Cette nomination ne s'appuyait donc pas sur un fondement juridique, dans la mesure où une lettre de mission ne fait pas partie des actes juridiques constitutionnels que prend le chef de l'Etat. La médiation du crédit a été mise en place dans ce contexte particulier d'évitement de la faillite du système bancaire, et de soutien à l'économie.

346. Le système mis en place permet de développer une médiation de proximité au service des entreprises, en vue de leur permettre d'obtenir du crédit. Le mécanisme construit à la suite de la lettre de mission prévoit que le médiateur du crédit⁵¹⁴ aux entreprises est au sommet d'un système animé à la base par 105 médiateurs départementaux, qui sont les directeurs départementaux de la Banque de France. Ces derniers travaillent en collaboration avec les TPG, les préfets et différents services de l'Etat. Les directeurs régionaux de la Banque de France apportent également leur concours au niveau régional. En plus de ces acteurs, 7 médiateurs délégués interviennent en soutien des équipes départementales, de même que 800 tiers de confiance de la médiation sont désignés dans chaque département par l'ensemble des réseaux professionnels (chambres de commerce et d'industrie, chambre des métiers et de l'artisanat, MEDEF, CGPME, UPA, APCE, réseaux d'accompagnement à la création/reprise d'entreprise) afin d'accompagner les entreprises qui le souhaitent vers la médiation, préciser leurs besoins de financement et constituer leurs dossiers. Le système prévoit également que l'accompagnement des entreprises vers la médiation peut se faire par le biais de leur expert comptable, leur commissaire aux comptes, leur avocat, leur association de comptabilité et de gestion. Les entreprises peuvent également trouver un accompagnateur sur la liste des

⁵¹³ Les banques avaient également pris des engagements sur le plan de l'éthique. Ces engagements portaient notamment sur un encadrement des rémunérations des dirigeants et des traders.

⁵¹⁴ www.mediateurducredit.fr

associations ou des centres de gestion agréés dans leur département. Tout est donc mis en œuvre pour aider les entreprises dans leurs démarches en vue d'obtenir le crédit.

347. En outre, la procédure en la matière est marquée du sceau de la célérité et de la souplesse. Il s'est agi à l'origine d'une procédure mise en place unilatéralement par les autorités chargées de la médiation du crédit. Elle prévoit les étapes suivantes :

« 1. La validation du dossier en ligne sur le site www.mediateurducredit.fr déclenche la procédure.

2. Dans les 48 h suivant la saisie, le médiateur départemental contacte l'entreprise, qualifie le dossier de médiation et définit un schéma d'action avec le déclarant.

3. Les établissements de crédit sont informés de l'ouverture de la médiation et ont 5 jours ouverts pour revoir leurs positions.

4. A l'issue du délai de 5 jours ouverts, le médiateur départemental reprend contact avec l'entreprise pour connaître l'évolution de la situation. Si les difficultés perdurent, il contacte personnellement les partenaires financiers de l'entreprise pour identifier et résoudre les points de blocage. Il peut également consulter d'autres acteurs financiers.

5. L'entreprise est informée des solutions envisagées. Si elle ne les juge pas satisfaisantes, elle peut demander la révision du dossier. ».

348. Cette médiation est ouverte à toutes les entreprises⁵¹⁵ qui se heurtent à un refus par les établissements financiers d'un financement lié à leur activité professionnelle. Son champ d'application s'étend ainsi aux entreprises qui rencontrent des difficultés de financement

⁵¹⁵ Sont éligibles à la médiation : les entreprises commerciales quelle que soit leur taille ou leur forme juridique (EI, EURL, SNC, SARL, SA, SAS, SASU, Holding regroupant des sociétés dont l'activité économique se situe en totalité ou en majeure partie en France), les jeunes entreprises (moins de 3 ans d'activité), les artisans, les commerçants, les entrepreneurs individuels, les professions libérales réglementées et non réglementées, les créateurs répertoriés au registre du commerce et les repreneurs d'entreprise ayant essuyé un refus de financement de leurs établissements financiers sur des projets fiabilisés, les auto entrepreneurs dotés d'un numéro SIREN, les SCI professionnelles, les associations, y compris celles de 1901, dès lors qu'elles sont soumises aux impôts commerciaux (impôt sur les sociétés, TVA, taxe professionnelle...), les entreprises soumises à des procédures amiables (mandat ad hoc, conciliation...), les entreprises soumises au régime des procédures collectives (sauvegarde, redressement judiciaire, liquidation judiciaire suite à une demande de l'administrateur judiciaire sur un éventuel projet de reprise acté par le tribunal de commerce nécessitant des financements. Il est également précisé que dans le cadre des entreprises soumises au régime des procédures collectives, l'action de la médiation se fait en lien et avec l'accord de la personne désignée par le tribunal de commerce. Si le mandataire ou l'administrateur judiciaire refuse la médiation, il doit le signifier expressément auprès du médiateur.

Un certain nombre de personnes sont réorientées : les particuliers, les refus de financement n'étant pas liés à une activité professionnelle, les créateurs non enregistrés au registre du commerce et les repreneurs étant au stade de projet sans refus de financement de la part de leurs établissements financiers, les associations non soumises aux impôts commerciaux (impôt sur les sociétés, TVA, taxe professionnelle...), les SCI patrimoniales, les entreprises en liquidation, sauf lorsque l'administrateur judiciaire le demande pour un éventuel projet de reprise acté par le tribunal de commerce nécessitant des financements.

bancaire, d'assurance-crédit ou du fait de leurs fonds propres. A cet effet, des conventions⁵¹⁶ ont été signées ultérieurement entre le médiateur du crédit (qui ne disposait à l'époque que d'une légitimité non pas juridique mais politique) et les différents acteurs de ces secteurs, le but étant de sauver le maximum d'entreprises et d'emplois.

En l'absence d'un cadre juridique formel régissant la médiation du crédit, les banques étaient invitées à faire preuve de souplesse dans l'étude des demandes de crédit émanant des entreprises. En contrepartie, l'Etat avait mis en place un système de garantie des prêts interbancaires, qui permettait d'assurer la fluidité de la distribution du crédit entre les établissements de crédit. C'était donc un accord politique tacite reposant sur du « donnant-donnant », les établissements de crédit risquant de perdre le soutien de l'Etat s'ils ne prêtaient pas leur concours à la médiation du crédit.

349. Le système de médiation du crédit avait donc à l'origine un fondement essentiellement politique, mais il a, par la suite, reçu une formalisation juridique non pas par une loi, mais par un accord de place signé le 27 juillet 2009⁵¹⁷.

L'accord de place sur la médiation du crédit aux entreprises a été conclu entre l'Etat, représenté par la ministre de l'économie, la médiation du crédit aux entreprises, représentée par le médiateur du crédit aux entreprises, la Banque de France représentée par le Gouverneur de cette institution, l'institut d'émission d'Outre Mer, représenté par le directeur de l'IEDOM et de l'IEOM, ainsi que le comité exécutif de la Fédération bancaire française. Cet accord qui intègre les conventions précédemment signées entre le médiateur du crédit et différents acteurs concernés par le financement des entreprises, prévoit en son article 1 que :

⁵¹⁶ Dans le cadre de la médiation du crédit, des protocoles d'accord ont été signés avec les principaux acteurs du financement de l'entreprise. Les banques se sont ainsi engagées le 12 novembre 2008 à maintenir l'enveloppe des concours bancaires des entreprises et à ne pas exiger des garanties personnelles supplémentaires. Elles se sont également engagées le 21 janvier 2009 à ne pas recourir à la notion de soutien abusif en temps de crise face à une demande de financement dans le cadre du dispositif de la médiation. Il est à souhaiter que les entreprises ou leurs créanciers ne recourent pas à cette notion en cas de défaillance dans le remboursement des crédits obtenus, conduisant à une mise en jeu de la responsabilité de la banque. Il appartiendra au juge dans ce cas, de tenir compte de la situation d'urgence voire de la force majeure ayant conduit les banques à octroyer les crédits à des entreprises en situation difficile.

La médiation du crédit et les réseaux bancaires ont également décidé le 24 mars 2009 de renforcer leur coopération pour améliorer les modalités de traitement des dossiers en médiation, mieux répondre aux besoins d'investissements en fonds propres et engager une réflexion commune sur l'avenir du dispositif.

Le médiateur du crédit a par ailleurs signé le 22 janvier 2009 un accord de partenariat avec les principaux acteurs de l'assurance-crédit et les représentants des entreprises pour faciliter l'accès des entreprises à l'assurance-crédit et garantir le traitement rapide et concerté des dossiers des entreprises en médiation en raison d'une décote d'assurance crédit.

Une convention de partenariat a également été conclue le 6 avril 2009 avec les principaux acteurs du capital investissement pour répondre aux besoins de financement en fonds propres des entreprises par une mobilisation des fonds et accélérer les procédures d'investissement dans les entreprises en médiation avec un potentiel de croissance et d'emploi.

⁵¹⁷ Cet accord de place est téléchargeable sur le site www.fbf.fr

« le Médiateur du crédit a pour mission de faciliter le dialogue entre les entreprises et les établissements de crédits et de recommander des solutions en cas de difficultés pour l'obtention et le maintien de crédits ou de garanties. Il peut également, en cas de difficulté en matière de crédit interentreprises, faciliter le dialogue entre ces entreprises et les assureurs-crédits ou les sociétés d'affacturage et recommander des solutions. Le médiateur du crédit peut être saisi par toutes les entreprises non financières qui rencontrent des difficultés de financement, y compris les entreprises en création ou en reprise et les autos entrepreneurs. ». Sa mission concerne essentiellement l'octroi du crédit, ce qui n'est pas le cas du médiateur issu de la loi MURCEF, qui depuis la loi Chatel de 2008 peut intervenir au stade de l'exécution (non de la conclusion) du contrat de crédit.

350. Le médiateur national du crédit est en outre « nommé par décret du Président de la République sur proposition du Ministre de l'économie et après avis du Gouverneur de la Banque de France. ». Il rapporte à ces deux dernières institutions, conformément à l'art. 2 de l'accord de place. Cette disposition constitue une marque supplémentaire de l'importance de la médiation du crédit pour l'Etat. Le médiateur national du crédit est en effet nommé par décret présidentiel, au même titre que les plus hautes autorités de l'Etat qui obéissent au même mécanisme de désignation⁵¹⁸. On rappellera que le médiateur bancaire est désigné par chaque établissement de crédit dans le cas des « médiateurs pour compte propre » par la Fédération bancaire française ou l'Association française des sociétés financières en matière de « médiation pour compte commun ».

La durée de la médiation du crédit aux entreprises est également prévue par l'accord de place. L'art. 4 de cet accord dispose :

« la mission de médiation du crédit aux entreprises est établie pour une période courant jusqu'au 31 décembre 2010. Le Gouvernement remet au plus tard le 31 octobre 2010 au parlement, un rapport sur l'action du médiateur du crédit aux entreprises et décide de son éventuelle prorogation. Au-delà du 31 décembre 2010 et en l'absence de prorogation, un dispositif allégé de médiation du crédit aux entreprises est maintenu en veille ; il s'appuie sur les services de la Banque de France. ».

La médiation du crédit est donc en principe limitée dans le temps, contrairement à la médiation bancaire qui est une institution. Elle pourra éventuellement être prorogée, en cas de besoin. Cette disposition traduit un certain pragmatisme de la part des signataires de l'accord.

⁵¹⁸ Conformément à l'art. 8 de la constitution, « le président de la république nomme le premier ministre... Sur la proposition du premier ministre, il nomme les autres membres du Gouvernement et met fin à leurs fonctions » L'art. 13 de la loi fondamentale prévoit en outre qu' « il nomme aux emplois civils et militaires de l'Etat. »

351. L'importance particulière de la médiation du crédit pour l'Etat est réaffirmée à l'article 5 de l'accord de place. En effet, « le Médiateur national du crédit présente au Président de la République un rapport périodique dans lequel il fait un bilan de son activité. ». Le rapport périodique du médiateur du crédit est donc présenté à la plus haute autorité du pouvoir exécutif de l'Etat, élue au suffrage universel direct. Le caractère déterminant du crédit pour le financement des entreprises, la bonne marche de l'économie gage de la croissance et du bien-être des citoyens justifient une telle disposition.

Le rapport du médiateur bancaire est quant à lui transmis au Gouverneur de la Banque de France et au président du Comité consultatif du secteur financier.

352. L'accord de place, dont la nature réelle a pu être discutée⁵¹⁹, contient également des dispositions relatives au déroulement de la médiation du crédit aux entreprises (II, art. 6 et 7), aux engagements du médiateur du crédit aux entreprises (III, art. 8 à 13). A titre d'exemple, l'art. 9 prévoit que :

« le médiateur du crédit s'engage à fonder ses recommandations sur une analyse technique individuelle de chaque entreprise qui le saisit et à ne jamais demander aux partenaires financiers des interventions qui leur feraient manifestement courir un risque anormal. ».

L'appréciation des dossiers se fait donc de façon concrète par le médiateur, en essayant certes de permettre aux entreprises d'obtenir des crédits, mais aussi en évitant de faire courir aux banques des risques anormaux. Par conséquent, le médiateur du crédit prend en compte également l'intérêt des banques, notamment à travers le risque lié au crédit.

353. Il serait intéressant de s'attarder sur les engagements pris par les banques et le médiateur dans le cadre de l'accord de place, qui pose surtout le problème de la nature juridique de la médiation du crédit.

Section 2 : LA NATURE JURIDIQUE DE LA MEDIATION DU CREDIT

⁵¹⁹ Pour X. Delpech, l'accord de place « s'analyse en un contrat collectif, signé par deux organismes professionnels, et qui engagent les membres qu'ils représentent. » Or, tel n'est pas le cas de l'accord de place de juillet 2009. En effet, « si la fédération bancaire française, qui constitue l'un des signataires de l'accord, présente cette caractéristique, il n'existe aucun organisme de ce type en ce qui concerne les entreprises (non financières), qui sont les bénéficiaires du dispositif de médiation ». Cf. X. Delpech, Un cadre juridique pour la médiation du crédit, D. 2009, p. 1948.

354. L'originalité du dispositif de médiation du crédit rend difficile la détermination de sa nature juridique. On comprend ainsi que N. MOLFESSIS ait soutenu que ce dispositif de crise « fait figure d'innovation originale que les juristes, passionnés de taxinomie juridique, peineront toutefois à classer dans leurs catégories habituelles. »⁵²⁰. En effet, le médiateur du crédit désigné par décret du Président de la République, et partie à l'accord de place, s'oblige dans cet accord, « alors même qu'il est dépourvu de personnalité juridique. »⁵²¹. Il peut être considéré comme une autorité administrative chargée d'une mission d'intermédiation dans des rapports privés (établissements de crédit et les entreprises).

Le médiateur du crédit, autorité morale⁵²², est soumis à un certain nombre d'obligations découlant de l'accord de place (art. 8 à 13). Tenu au strict respect des règles de confidentialité et du secret bancaire dans le cadre de sa mission, Il prononce des recommandations, dont la portée à l'égard des établissements de crédit paraît surtout incitative (non coercitive), ce médiateur ne pouvant prendre des actes à caractère administratif. On peut logiquement penser qu'il engagerait la responsabilité de l'Etat en cas de non respect dommageable de ses obligations. Mais peut-on parler de médiation au sens juridique du terme lorsqu'une autorité administrative intervient afin de faciliter l'octroi du crédit aux entreprises? Il serait intéressant d'étudier les engagements pris par la fédération bancaire française dans le cadre de cet accord, pour mieux appréhender la nature juridique de l'activité du médiateur du crédit.

355. Les engagements des établissements de crédit (IV, art. 14 à 27) occupent une place très importante dans l'accord de place, constituant un peu plus de la moitié de ses dispositions. Il est ainsi prévu à l'art. 14 que :

« les établissements de crédit s'engagent à continuer à accompagner avec fidélité leurs entreprises clientes dans leur activité, sans réduction de l'enveloppe globale des encours pour chacune d'entre elles, également sans augmentation des garanties personnelles sauf situation exceptionnelle le justifiant et seulement après avoir envisagé avec l'entreprise, toutes les solutions possibles permettant par une restructuration de la dette si nécessaire, la poursuite du soutien bancaire. ».

⁵²⁰ N. Molfessis, Le médiateur du crédit, un modèle à inventer, Les échos, 20 novembre 2008, p. 11.

⁵²¹ En ce sens J.-Ph. Tricoit, La nature juridique du médiateur du crédit, Gaz. Pal. 6 mars 2010 n° 65, p. 15 et s.

⁵²² Comme le note N. Molfessis, « il doit être le gardien, à l'échelle nationale, de ce pacte moral évoqué par le Président de la République, passé entre la collectivité nationale et les établissements de crédit pour assurer la continuité des offres de crédit à des taux compétitifs. » N. Molfessis, préc. p. 11

Les établissements de crédit se sont donc engagés contractuellement vis-à-vis de l'Etat et du médiateur du crédit à soutenir autant que possible leurs entreprises clientes en cette période de crise. Il va sans dire qu'en cas de manquement, elles pourraient engager leur responsabilité vis-à-vis des signataires de l'accord de place énumérés plus haut. Dans l'absolu, il aurait été possible de faire signer l'accord également par les organisations représentatives des entreprises. Dans cette hypothèse, les entreprises auraient pu directement engager la responsabilité contractuelle des banques en cas de refus de crédit. Mais cette situation remettrait en cause la jurisprudence sur la liberté discrétionnaire du banquier d'accorder le crédit, et on imagine aisément le volume du contentieux que cela pourrait générer. On sait que sur le plan juridique, le refus de crédit n'est en principe pas considéré comme constitutif d'un litige. Dans l'affaire TAPIE en effet, l'Assemblée Plénière de la Cour de cassation a rappelé que : « (...) hors le cas où il est tenu par un engagement antérieur, le banquier est toujours libre, sans avoir à justifier sa décision qui est discrétionnaire, de proposer ou de consentir un crédit quelle qu'en soit la forme, de s'abstenir ou de refuser de le faire. »⁵²³. Dès lors, la qualification de médiation convient-elle au système mis en place par l'accord de place?

356. La question mérite réflexion, car les règles contenues dans cet accord constituent des engagements forts pris par les banques pour résoudre les difficultés pouvant naître de l'obtention des crédits en temps de crise. Ainsi, conformément à l'art. 21 de l'accord, « les établissements de crédit s'engagent, en cas de rupture de la relation bancaire, à informer l'entreprise de la possibilité de recourir au médiateur du crédit et à lui laisser un temps suffisant pour qu'elle puisse, avec l'aide du médiateur, trouver une solution adaptée à ses besoins ou sa situation. ». En pareil cas, l'information de l'entreprise sur le mode de règlement de cette situation de rupture de la relation bancaire incombe donc aux établissements de crédit. Ces derniers doivent en outre « participer de bonne foi⁵²⁴ au processus de médiation. Dès lors qu'une entreprise saisit la médiation du crédit aux entreprises et que celle-ci considère la demande recevable, l'établissement de crédit concerné doit participer au processus de médiation et fera son possible pour lui donner une issue favorable qui donne satisfaction aux parties. S'il refuse de suivre, partiellement ou totalement la recommandation du médiateur, il doit lui exposer les raisons de son refus. Enfin, il doit informer le Médiateur des suites de son intervention. ». Cette exigence posée par l'art. 22 de

⁵²³ Ass. Plén., 9 oct. 2006, Bull. AP., n° 11; D. 2007. Pan. 753, spec. 758, obs. D. R. Martin ; D. 2006. AJ. 2525, obs. Delpech ; RTD com. 2007. 207, obs. Legeais ; RTD civ. 2007. 145, obs. Gautier ; JCP 2006. II. 10175, note Bonneau.

⁵²⁴ Un arrêt récent illustre l'exigence de bonne foi dans le cadre de toute médiation : Civ. 1^{re}, 8 avril 2009, D. 2009. AJ 1284, obs. Delpech.

l'accord de place contraint les banques à une obligation de motivation du refus du crédit, qui tranche avec la liberté discrétionnaire que leur reconnaît la jurisprudence dans l'octroi du crédit. On a même pu considérer que cette obligation de motivation s'apparente à un « droit au crédit »⁵²⁵. D. LEGEAIS note ainsi que « rapprochées les unes des autres, ces différentes interventions (des pouvoirs publics, de la médiation du crédit) traduisent une évolution profonde du droit du crédit et annoncent peut-être l'émergence d'un droit au crédit. »⁵²⁶.

357. Il est possible de s'interroger sur les incidences de cette obligation de motivation découlant de l'accord de place par rapport à la jurisprudence consacrant la liberté discrétionnaire du banquier dans l'octroi du crédit. Le refus de motivation pourrait en effet constituer une faute contractuelle à l'égard des signataires de l'accord, la banque fautive pouvant ainsi engager sa responsabilité. Cette responsabilité serait délictuelle à l'égard des entreprises, puisqu'elles ne sont pas signataires de l'accord. En pareil cas, la preuve d'une faute serait ainsi facilement trouvée si une action en responsabilité délictuelle est engagée par l'entreprise victime du refus de crédit. Mais encore faudrait-il prouver le préjudice subi et le lien de causalité.

Dans tous les cas, l'incitation à motiver le refus est forte, ce qui pourrait remettre en cause la liberté discrétionnaire du banquier sus évoquée. L'obligation de motivation ne paraît en effet pas compatible avec la liberté discrétionnaire reconnue au banquier dans l'octroi du crédit. L'obligation de motivation contraint en effet les banques à justifier leurs décisions de refus qui de ce fait, ne sont plus discrétionnaires. Comme l'écrit D. LEGEAIS, « un recours au médiateur est déjà prévu qui peut préfigurer un recours au juge. Les établissements de crédit doivent ainsi être en mesure de se justifier ce qui peut éventuellement permettre un contrôle de motivation de la décision. Des emprunteurs qui se sont vu refuser un crédit, des vendeurs de bien qui n'ont pu vendre compte tenu du refus de crédit opposé à leur acquéreur potentiel pourraient être tentés de rechercher la responsabilité de la banque (...) »⁵²⁷.

⁵²⁵ D. Legeais, RTD com. 2009. 189

⁵²⁶ D. Legeais, *ibid.* V. également N. Mathey, Vers une remise en cause de la liberté du banquier en matière de crédit ? JCP E n° 23, 10 juin 2010, 1550.

⁵²⁷ D. Legeais, *ibid.* On notera par ailleurs que l'art. L. 313-12 CMF prévoit une obligation de motivation de la rupture de crédit dans certains cas. D'après cette disposition, « tout concours à durée indéterminée, autre qu'occasionnel, qu'un établissement de crédit consent à une entreprise, ne peut être réduit ou interrompu que sur notification écrite et à l'expiration d'un délai de préavis fixé lors de l'octroi du concours. Ce délai ne peut, sous peine de nullité de la rupture du concours, être inférieur à soixante jours. Dans le respect des dispositions légales applicables, l'établissement de crédit fournit, sur demande de l'entreprise concernée, les raisons de cette réduction ou interruption, qui ne peuvent être demandées par un tiers, ni lui être communiquées. L'établissement de crédit ne peut être tenu pour responsable des préjudices financiers éventuellement subis par d'autres créanciers du fait du maintien de son engagement durant ce délai. L'établissement de crédit n'est pas tenu de respecter un délai de préavis, que l'ouverture de crédit soit à durée indéterminée ou déterminée, en cas de comportement gravement ré-

358. Toutefois, malgré la mise en place du système de médiation du crédit, le crédit ne saurait être un droit pour les entreprises, les banques devant conserver leur possibilité de refuser d'octroyer le crédit même en temps de crise, si les entreprises ne présentent pas des possibilités de remboursement⁵²⁸. Contrat conclu *intuitu personae*, le crédit repose en effet sur la confiance qu'a le créancier pour le débiteur. Cette confiance est empreinte d'une part de subjectivité, qui peut difficilement faire l'objet d'un contrôle extérieur. Le banquier, professionnel du crédit, peut en effet disposer d'éléments qu'il apprécie au vu de son expérience, et qui ne se prêtent pas à un usage sur la place publique. Comme l'écrit N. MATHEY à propos de la loi n° 2009-1255 du 19 octobre 2009 (art. L. 313-12 et s. CMF), « la subjectivité est difficile à exprimer et encore plus à partager. Le banquier peinera à faire entendre au juge qu'il n'a pas, ou plus, confiance et que c'est ainsi et pas autrement. Le célèbre flair du banquier sera difficile à invoquer au soutien d'une rupture de concours. »⁵²⁹. On doit désormais distinguer la rupture de concours qui doit être motivée si l'entreprise le demande, du refus de crédit qui devrait rester discrétionnaire. Si dans le premier cas, l'entreprise peut saisir le juge pour faire contrôler la motivation du banquier, dans le deuxième, la jurisprudence considère qu'il n'y a en principe pas litige. En effet, même si on ne peut exclure les hypothèses d'abus en matière de refus de crédit, il faut tout de même reconnaître que c'est la banque qui supporte au final le risque d'insolvabilité du débiteur, et elle doit donc avoir la liberté de refuser d'octroyer le crédit. On observera toutefois que les exigences de la CNIL et de la HALDE pourraient contribuer à limiter en partie cette liberté discrétionnaire. En outre, dans certaines hypothèses de refus abusif, la jurisprudence permet déjà de mettre en jeu la responsabilité du banquier⁵³⁰.

préhensible du bénéficiaire du crédit ou au cas où la situation de ce dernier s'avérerait irrémédiablement compromise. Le non-respect de ces dispositions peut entraîner la responsabilité pécuniaire de l'établissement de crédit. ». De plus, d'après l'art. L. 313-12-1 CMF, « Les établissements de crédit fournissent aux entreprises qui sollicitent un prêt ou bénéficient d'un prêt une explication sur les éléments ayant conduit aux décisions de notation les concernant, lorsqu'elles en font la demande. Ces explications ou éléments ne peuvent pas être demandés par un tiers, ni lui être communiqués. » Toutes ces dispositions font peser sur les banques des obligations de motivation, lesquelles peuvent avoir des incidences sur le droit discrétionnaire que leur confère le droit positif, dans l'octroi du crédit.

⁵²⁸ Sur l'absence du droit au crédit, v. également : A. Prüm, P. Leclerc et R. Mourier, Relations entreprises banques : éd. Francis Lefebvre, 2003, n° 5510 ; R. Routier, Obligations et responsabilités du banquier : Dalloz, 2005, n° 111. 11.

⁵²⁹ N. Mathey, Vers une remise en cause de la liberté du banquier en matière de crédit ? JCP E n° 23, 10 juin 2010, 1550.

⁵³⁰ La banque commet une faute lorsque après avoir laissé croire à l'octroi du crédit, elle a finalement refusé de le consentir. En ce sens : Com. 31 mars 1992 : Bull. civ. 1992, IV, n° 145 ; JCP E 1993, I, 302, n° 11, obs. Ch. Gavalda et J. Stoufflet.

359. Mais les obligations incombant aux banques dans le cadre de la médiation du crédit conduisent à une nécessaire réflexion sur la traditionnelle liberté discrétionnaire du banquier en matière d'octroi du crédit. En effet, conformément à l'art. 26 de l'accord de place, « les établissements de crédit s'engagent à faire leurs meilleurs efforts pour accélérer la mise à disposition des crédits dès lors qu'un accord en médiation est intervenu. ». Cette disposition montre que le but ultime de cette médiation est de fournir du financement aux entreprises. La fin du différend ici se traduit non par une transaction signée par les parties (banques et entreprises), mais par l'engagement d'accorder dans les meilleurs délais les crédits sollicités par les entreprises. Mais que se passerait-il si l'engagement n'est pas tenu ? Serait-on dans le cadre de l'inexécution d'une transaction ou alors simplement dans celui de l'inexécution d'une promesse de contrat ? Que devrait faire l'entreprise en pareil cas ?

360. Dès lors que les établissements de crédit ne signent pas une transaction avec les entreprises suite à une recommandation du médiateur acceptée par les parties, on ne saurait parler d'inexécution d'une transaction. En outre, même dans l'hypothèse où un accord est signé, pourrait-on parler de transaction en l'absence de litige et en l'absence de concessions réciproques, à partir du moment où l'octroi du crédit ici peut se faire sans réelle concession de la part des entreprises ? Les établissements de crédit se sont en effet engagés à ne pas solliciter de nouvelles garanties personnelles, sauf situations exceptionnelles⁵³¹. En outre, le contexte de crise dans lequel se déroule la médiation du crédit incline à penser que c'est une souplesse particulière qui est requise des banques dans le cadre de l'octroi du crédit aux entreprises. Par ailleurs, les entreprises ne sont pas signataires de l'accord de place, et ce document ne comporte pas d'engagement de leur part. En l'absence de litige et de concessions réciproques, on ne saurait donc parler d'inexécution d'une transaction. La médiation du crédit fait naître en effet un type d'engagement nouveau pris par les banques dans le cadre d'un accord signé non pas avec les bénéficiaires de cet engagement, mais avec l'Etat et le médiateur⁵³². Il serait plus exact de qualifier ce dernier de facilitateur du crédit, dès lors qu'il n'intervient pas dans le cadre d'un litige et que son action n'aboutit pas à une transaction. En

La responsabilité de la banque peut également être retenue en cas de rupture fautive des pourparlers ou encore de non-respect d'un accord de principe.

⁵³¹ Art. 14 de l'accord de place.

⁵³² Se fondant sur un arrêt de la Cour d'appel de Paris rendu en 1970, J.-Ph. Tricoit (Ibid) soutient que « l'acte résultant d'une médiation encadrée par une autorité administrative est un acte de droit privé au sujet duquel le droit des obligations offre diverses qualifications selon les circonstances. » (CA Paris, 21^e ch., 13 avril 1970, Association N. c/ Prado, JCP éd. G 1970, II, 16471, note G. Lyon-Caen, D. 1971, Jurispr., P. 13-15, note Savatier.)

effet, le refus de crédit n'est en principe pas un élément constitutif d'un litige. Ce refus peut générer un conflit ou un différend entre la banque et son client, mais pas un litige, entendu « comme un différend présentant un caractère juridique »⁵³³. Le refus de crédit relève davantage d'une situation factuelle que juridique. Par conséquent, on ne peut parler de médiation au sens juridique du terme en pareille circonstance, dans la mesure où l'échec des négociations n'offre pas en soi un fondement juridique permettant de saisir le juge. Ni la loi, ni la jurisprudence ne consacrent un droit au crédit, bien que le droit au refus de crédit soit désormais encadré, l'absence d'obligation de motivation dégagée par l'arrêt d'Assemblée plénière sus évoqué étant remise en cause par les dispositifs plus récents (médiation du crédit, art. L. 313-12 CMF). On ne saurait à la fois développer le concept de crédit responsable et faire naître un droit au crédit. Ces deux notions semblent antinomiques. Il va sans dire que les négociations effectuées dans le cadre de l'accord de place ne constituent pas une étape précédant la saisine éventuelle du juge en cas d'échec, comme il est traditionnellement de règle en matière de médiation. Il n'y a en effet pas d'incertitude quant à l'appréciation de l'étendue des droits de l'une et de l'autre partie dans le cadre de l'octroi du crédit. L'esprit de la médiation ne se retrouve donc pas en la matière, et ce terme ne semble donc pas juridiquement approprié, à moins de considérer qu'il existe des cas de médiation ajuridique. C'est probablement pour cette raison que l'incidence procédurale découlant de la médiation, notamment la suspension de la prescription ne se retrouve pas dans le cadre du dispositif de médiation du crédit. Il est dès lors possible de penser que le mot médiateur a surtout un impact psychologique et sociologique propre à promouvoir l'action de ce dernier. Le terme médiateur est en effet d'usage plus courant (bien que pas toujours approprié), et il bénéficie également d'un avantage phonique qui paraît plus intéressant que celui de facilitateur. Pour ce dernier terme, la locution syllabique paraît en effet plus logue et moins confortable que celle de médiateur.

361. Bien qu'on ne soit pas dans le cadre d'une médiation au sens juridique du terme, la mission du médiateur du crédit aboutit à sauver des entreprises et des emplois (plus de 210 000 emplois consolidés depuis la création de l'institution), et favorise un développement de l'économie en période de crise. C'est donc une mission fondamentale, qui n'aurait pu être menée avec le même succès⁵³⁴ par le juge (absence de litige), ni par l'arbitre, ni même par le médiateur MURCEF (en principe incompétent). Cette médiation du crédit semble donc servir

⁵³³ L. Cadiet, E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, 5^e éd. Litec 2006, p. 3.

⁵³⁴ 63% de taux de réussite en 2009.

la justice sociale, bien que ne réglant pas des litiges. C'est un des avantages des modes conventionnels de règlement, qui par leur souplesse, permettent également de résoudre les différends non saisis par les dispositifs juridiques. Le droit ne prévoit en effet pas les mécanismes permettant de régler la totalité des désaccords intervenant dans les rapports socio économiques. Dans ce contexte, l'intervention d'un tiers impartial paraît essentielle, dans le processus de recherche d'une solution au différend. Il faut toutefois éviter que ce dispositif de médiation du crédit ne fasse pas naître à terme un droit au crédit pour les entreprises.

362. Sur un autre plan, l'inexécution des engagements contenus dans cet accord de place ne semble pas relever de la catégorie classique des manquements aux accords contractuels. C'est en effet en contrepartie de l'engagement de l'Etat⁵³⁵ vis-à-vis des banques en cette période de crise que ce système du « donnant-donnant » a été mis en place. L'Etat s'est engagé à soutenir les banques, et ces dernières se sont engagées à soutenir l'économie nationale à travers le financement des entreprises et des ménages. Les banques qui n'exécutent pas les dispositions contenues dans l'accord de place engagent leur responsabilité envers l'Etat et envers le médiateur du crédit qui sont les partenaires à l'accord. Les entreprises auxquelles un financement est refusé ne pourront donc poursuivre les banques sur le fondement hypothétique de la transaction. Au cas où l'engagement de l'établissement de crédit a été matérialisé par une promesse de contrat signée par les parties (banques et entreprises), c'est sur le fondement de cet accord que devra se fonder l'action en responsabilité.

Mais en l'absence d'un accord formel entre les parties, il appartiendra à l'entreprise de saisir de nouveau le médiateur du crédit dans le cadre de la procédure prévue à l'art. 7 de l'accord de place. Dans tous les cas, les banques qui ne respectent pas leurs engagements issus de l'accord de place pourraient perdre le soutien que leur a accordé l'Etat dans le cadre du plan de relance, mais aussi ternir leur image auprès de la clientèle. Cela n'est pas de bon augure dans un contexte commercial très concurrentiel. Les banques semblent prêter leur concours au bon fonctionnement de la médiation du crédit, comme le montrent les résultats obtenus par ce système.

⁵³⁵ On rappellera que l'Etat a mis en place un système de garantie « payante » des prêts interbancaires à hauteur de 320 milliards d'euros. Il a également créé un fonds de recapitalisation des banques en difficultés d'un montant de 40 milliards d'euros.

363. La médiation n'absorbe qu'une part limitée du contentieux bancaire. Dans certains cas, il est nécessaire de juger au fond. On constate que le juge étatique est celui ayant la primauté du règlement des litiges.

Titre 2 : LE REGLEMENT PAR UN JUGE

364. Le juge étatique occupe une place privilégiée dans la résolution des litiges bancaires n'ayant pas trouvé une solution au cours de la négociation ou de la médiation, et devant être jugés au fond. En effet, pour des raisons de droit ou de fait, les parties (banques et clients) se tournent prioritairement vers ce juge afin de trancher les litiges persistants, confinant ainsi l'arbitre à un rôle marginal, aussi bien en matière de crédit et de cautionnement que d'investissement.

365. Le législateur met par ailleurs à la disposition des créanciers des procédures rapides permettant d'obtenir des titres exécutoires. C'est notamment le cas de l'injonction de payer ou encore du référé-provision. Les banques recourent à ces procédures, comme en témoigne leur présence régulière dans la jurisprudence y relative.

Le régime juridique de la procédure d'injonction de payer, tel que régi par le code de procédure civile consacre en effet un mécanisme simplifié devant permettre le règlement rapide et peu coûteux d'un nombre important de litiges relatifs à l'impayé. Ainsi, conformément à l'art. 1405 du CPC, le règlement d'une créance suivant la procédure d'injonction de payer s'applique d'une part, à toute créance civile ou commerciale, d'origine contractuelle ou statutaire, dès lors que le montant en est déterminé. Cette procédure peut également être utilisée s'agissant des créances reposant sur un effet de commerce ou résultant de l'acceptation d'une cession Dailly mise en place par la loi du 2 janvier 1981. On notera par ailleurs que la compétence d'attribution du tribunal d'instance ne connaît pas de limitation quant au montant de la créance concernant l'ordonnance elle-même. L'article L. 221-7 du

code de l'organisation judiciaire prévoit en effet que : « lorsqu'il statue selon la procédure d'injonction de payer, sous réserve de la juridiction de proximité, le juge d'instance est compétent à quelque valeur que la demande puisse s'élever. ». Ainsi, si les conditions d'utilisation de la procédure d'injonction sont réunies, le tribunal d'instance pourra statuer sans limitation relative au montant de la créance⁵³⁶. Le tribunal d'instance constitue donc la juridiction de droit commun⁵³⁷ en matière d'injonction de payer portant sur des créances civiles, le tribunal de commerce étant compétent en matière de créances commerciales. Les conditions simplifiées de recours à cette procédure non contradictoire, de même que nombre peu élevé d'oppositions (environ 5,5%) justifient que l'injonction de payer soit la procédure la plus utilisée pour le recouvrement des créances (autour de 80% de l'ensemble des demandes en remboursement de prêt en 2009⁵³⁸).

366. À la différence de la procédure d'injonction de payer, le référé constitue une procédure contradictoire. Les créanciers peuvent certes obtenir des mesures conservatoires dans le cadre des procédures classiques de référé, mais pour les créanciers de sommes d'argent, le référé-provision présente un intérêt particulier. En effet, « dans les cas où l'existence d'une obligation n'est pas sérieusement contestable, le juge des référés peut (...) accorder au créancier une provision, ou ordonner l'exécution d'une obligation (...) »⁵³⁹. Cette procédure est ouverte aussi bien devant le président du TGI (art. 809 du CPC), que devant le président du TI (art. 849 du CPC) ou encore celui du tribunal de commerce (art. 873 du CPC). Il est donc possible aux établissements de crédit d'obtenir une provision par voie de référé, sans attendre la décision au fond. La seule condition imposée par la loi peut en principe être facilement remplie par ces créanciers institutionnels. Il suffit que l'obligation ne soit pas

⁵³⁶ CA Paris, 20 avr. 1988 : D. 1988, inf. rap. p. 151.

⁵³⁷ La Commission Guinchard a proposé d'instituer la procédure d'injonction de payer devant le TGI, pour les demandes d'un montant supérieur à 10 000 euros. D'après le rapport de cette Commission, « le fait qu'il n'existe pas de procédure d'injonction de payer devant le tribunal d'instance est source de complexité pour le justiciable et nuit à la lisibilité des compétences.

En l'état, c'est le juge d'instance qui connaît des demandes en injonction de payer d'un montant supérieur à 10 000 euros, alors que ces affaires relèvent selon les principes de l'organisation judiciaire de la compétence du TGI. Il en résulte qu'en cas d'opposition, le défendeur peut soulever l'incompétence du tribunal d'instance au profit du tribunal de grande instance. C'est là une source de lenteur et de complexité.

Dans ces conditions, certains demandeurs préfèrent agir directement devant le tribunal de grande instance selon les règles de la procédure ordinaire parce que celle-ci s'avère plus rapide qu'une procédure de renvoi sur incompétence.

Les potentialités de la procédure d'injonction de payer ne sont donc pas exploitées aussi bien qu'elles pourraient l'être dans l'intérêt du justiciable et d'une organisation rationnelle de l'activité des juridictions. » S. Guinchard (président) in « L'ambition raisonnée d'une justice apaisée », La documentation française, p. 75.

⁵³⁸ Il est à noter que les procédures d'injonction de payer traitées par les juridictions commerciales ne sont pas prises en compte dans le dispositif statistique du ministère de la justice.

⁵³⁹ Art. 809 al. 2, 849 al. 2, 873 al. 2 CPC.

sérieusement contestable. Il va sans dire que le juge des référés est incompétent au cas où l'obligation est sérieusement contestable, en particulier lorsque la demande de provision est subordonnée à l'appréciation de la validité d'un contrat⁵⁴⁰. En matière de référé-provision, l'urgence n'est en effet pas requise pour que la provision soit accordée⁵⁴¹. On observe toutefois au plan quantitatif que cette procédure est peu utilisée par les créanciers, qui préfèrent recourir à l'injonction de payer. On constate par exemple en 2009 qu'en matière de remboursement de prêt devant le TGI, les procédures de référé ont constitué 5,36% du nombre de demandes.

Dans un cas comme dans l'autre, c'est le juge étatique qui est sollicité dans le cadre de ces procédures rapides. En effet, l'arbitre, bien que statuant rapidement ne délivre pas de titre exécutoire.

367. On comprend ainsi pourquoi le contentieux bancaire est essentiellement porté devant le juge étatique (chapitre 1), le recours à l'arbitrage étant faible (chapitre 2).

⁵⁴⁰ La Cour de cassation décide, en effet, que le juge des référés ne peut trancher une contestation relative à l'interprétation des clauses imprécises d'une convention, ou d'actes ou de pièces. Civ. 1^{re}, 18 avr. 1989, Bull. civ. I, n° 157 ; Civ. 3^e, 25 nov. 1992, Bull. civ. III, n° 310 ; Civ. 1^{re}, 31 mars 1998, JCP 1998, éd. G, IV, 2190.

⁵⁴¹ Cette solution est désormais fixée en jurisprudence : Civ. 1^{re}, 4 nov. 1976, Bull. civ. I, n° 330 ; JCP 1976, éd. G, IV, 383 ; Com. 7 mars 1995, Bull. civ. IV, n° 67 ; Civ. 2^e, 2 avr. 1997 : RTD civ. 1999, p. 179, obs. J. Normand.

Chapitre 1 : LE CONTENTIEUX PORTE DEVANT LE JUGE ETATIQUE

368. Le droit de la consommation constitue une partie importante du droit régissant l'activité des établissements de crédit. Les conventions de compte, cadres juridiques régissant les relations entre banques et clients concernent en effet un nombre significatif de consommateurs. En tant que parties faibles au contrat, les consommateurs bénéficient d'une protection particulière de la part du législateur ; lequel s'efforce d'atténuer les conséquences de l'inégalité des armes entre consommateurs et professionnels, en instituant un droit spécial de la consommation. Ce droit parfois rattaché au droit public du fait du poids de l'ordre public en la matière, consacre la protection de la partie faible au contrat, aussi bien au plan substantiel qu'au plan processuel. Le code de la consommation prévoit en effet des dispositions matérielles dérogatoires au droit commun, mais aussi désigne le juge chargé de régler les litiges portant sur le crédit à la consommation, par le biais de règles d'ordre public juridictionnel⁵⁴². Le code de l'organisation judiciaire prévoit également les règles de compétence matérielle des juridictions étatiques en fonction de la nature de la demande ou du montant du litige. Le code civil quant à lui protège les non-professionnels des clauses compromissaires. L'Etat manifeste ainsi sa confiance au juge étatique pour résoudre les litiges de la consommation. Ce juge semble ainsi être aux yeux du législateur le mieux à même de remplir la mission de protection des plus faibles dévolue à l'Etat.

Le juge étatique est également celui habituellement sollicité dans le règlement du contentieux entre les banques et leur clientèle professionnelle. Les banques choisissent ainsi de s'orienter presque exclusivement vers le tribunal de commerce, afin de résoudre les litiges liés à l'impayé. A titre d'exemple, 1246 demandes au fond ont été portées en 2009 devant le

⁵⁴² Sur la distinction entre l'ordre public juridictionnel et l'ordre public de fond, cf. P. Ancel, « Arbitrage », J.-cl. proc. civ. 1986, fasc. 1024.

tribunal de commerce, en matière de remboursement de prêt. Les demandes au fond en paiement du solde du compte bancaire quant à elles s'élèvent à 1430⁵⁴³.

369. Par ailleurs, le droit pénal également marqué par un ordre public fort conduisant parfois à le rattacher également au droit public, innerve considérablement l'activité bancaire, ce qui influe sur le juge chargé de régler les litiges y relatifs. Comme nous l'avons affirmé plus haut, compte tenu de l'importance du secteur bancaire pour l'économie nationale et internationale, le rôle de l'Etat y est très important. Le recours au droit pénal contribue ainsi à garantir le respect de certaines règles, notamment par une sanction répressive des comportements. Le juge chargé de faire appliquer ces dispositions pénales est le juge étatique.

370. Nous montrerons donc que le juge étatique est le juge attitré du consommateur (Section 1), avant d'étudier la compétence du juge étatique découlant du droit pénal (Section 2).

Section 1 : LE JUGE ETATIQUE : JUGE ATTITRE DU CONSOMMATEUR

371. Le choix du législateur en faveur du juge étatique dans le cadre de certaines opérations bancaires se manifeste essentiellement à travers les dispositions du code de la consommation, de même que celles du code civil. Le cadre normatif incline ainsi les parties à saisir le juge étatique pour les litiges de la consommation (§ 1). Sous un angle prospectif, on peut penser que le rôle de ce juge serait davantage important en cas de consécration des *class actions* en droit français (§ 2).

§ I- L'OPTION DU LEGISLATEUR POUR LE JUGE ETATIQUE

372. Le code de la consommation confie la connaissance des litiges relatifs au crédit à la consommation au tribunal d'instance (A). Mais dans les autres matières relevant du droit de

⁵⁴³ Cf. chiffres issus de la NAC en 2009.

la consommation, ce sont en principe les règles classiques de compétence matérielle qui s'appliquent (B).

A- LE TRIBUNAL D'INSTANCE : JUGE DU CREDIT A LA CONSOMMATION

373. Conformément à l'article L. 311-37 C. consom., « le tribunal d'instance connaît des litiges nés de l'application du présent chapitre (crédit à la consommation). Les actions en paiement engagées devant lui à l'occasion de la défaillance de l'emprunteur doivent être formées dans les deux ans de l'événement qui leur a donné naissance à peine de forclusion... ».

Les litiges portant notamment sur l'impayé bancaire découlant du crédit à la consommation⁵⁴⁴ doivent donc être soumis au juge étatique, plus précisément au tribunal d'instance, dans un délai de forclusion⁵⁴⁵ de deux ans. Ce court délai de forclusion semble se

⁵⁴⁴ On rappellera que l'art. L. 311-3 C. consom. exclut du champ d'application de la législation sur le crédit à la consommation les opérations suivantes : « 1° Les prêts, contrats et opérations de crédit passés en la forme authentique sauf s'il s'agit de crédits hypothécaires ;

2° Ceux qui sont consentis pour une durée totale inférieure ou égale à trois mois, ainsi que ceux dont le montant est supérieur à une somme fixée par décret (21 500 euros)... ». Il est à noter que conformément à l'art. L. 311-2 C. consom., les dispositions relatives au crédit à la consommation s'appliquent également à leur cautionnement. Par ailleurs, le seuil du crédit à la consommation devrait être porté à 75 000 euros après le 1^{er} mai 2011, suite à l'adoption du projet Lagarde de réforme du crédit à la consommation.

⁵⁴⁵ Ce délai de forclusion fait obstacle à l'action comme à l'exception. Il s'applique aussi bien à l'emprunteur qu'à la caution : Civ. 1^{re}, 26 févr. 2002, Bull. civ. I, n° 72 ; D. 2002. AJ. 1277. Ce délai s'applique également au recours personnel de la caution qui a payé le prêteur, contre l'emprunteur : Civ. 1^{re}, 17 nov. 1993 : Bull. civ. n° 333 et 334.

Toutefois, la jurisprudence décide que l'action engagée en vue de contester l'existence du consentement donné lors de la souscription d'un emprunt s'analyse, non en une action relative aux opérations de crédit régies par les articles L. 311-1 et s. C. consom., mais en une action en contestation de l'existence même d'une convention soumise, en tant que telle, à la prescription de droit commun. Civ. 1^{re}, 1^{er} avr. 2003 : Bull. civ. I, n° 94 ; D. 2003. AJ. 1229, obs. Rondey.

Sur un autre plan, il a été jugé que la requête en injonction de payer n'interrompt pas les délais pour agir, seule la signification de l'ordonnance portant injonction de payer a un effet interruptif du délai de forclusion : Civ. 1^{re}, 3 oct. 1995 : Bull. Civ. I, n° 343 ; D. 1995. IR. 225. Civ. 1^{re}, 4 juin 1996 : jurisdata n° 1996-002296. Pour un arrêt plus récent : Civ. 1^{re}, 5 nov. 2009, n° de pourvoi : 08-18095. Des difficultés peuvent toutefois naître au cas où le délai de forclusion expire entre la date de saisine par requête du tribunal et celle de la signification de l'ordonnance, suite à un retard dû au fonctionnement de la justice. Cf. Bazin et Roussel, Gaz. Pal. 1995. 2. Doctr. 956.

justifier par la volonté législative de protéger le consommateur, en enfermant l'action du prêteur dans un bref délai⁵⁴⁶, qui permet également de limiter le montant des intérêts dus par l'emprunteur.

Cette protection du consommateur est par ailleurs clairement affirmée par l'art. L. 141-4 C. consom.⁵⁴⁷ issu de la loi du 3 janvier 2008. D'après cette règle, le juge peut soulever d'office toutes les dispositions du code de la consommation dans les litiges nés de l'application dudit code. Le tribunal d'instance voit donc son office renforcé à la faveur de cette loi.

Sous un angle statistique, on constate que le crédit à la consommation occupe une place importante dans le contentieux au fond porté devant le tribunal d'instance. Ainsi, pour l'année 2009, on dénombre 57 021 demandes au fond en remboursement de prêt devant le TI, sur un total de 169 995 demandes au fond devant cette juridiction, ce qui représente près de 33,54%. Pour la même année, le contentieux portant sur le crédit à la consommation représente environ 73,5% du contentieux bancaire de l'impayé⁵⁴⁸.

374. Sur un autre plan, il y a lieu de relever que l'existence de la juridiction de proximité ne porte pas atteinte à la compétence matérielle du tribunal d'instance pour les litiges relatifs au crédit à la consommation. En effet, conformément à l'art. 321-2-3 du code de l'organisation judiciaire, « le tribunal d'instance connaît, en dernier ressort jusqu'à la valeur de 4 000 euros, et à charge d'appel lorsque la demande excède cette somme ou est indéterminée, les actions relatives à l'application du chapitre Ier du titre Ier du livre III du code de la consommation. ». Le législateur a ainsi clairement choisi de concentrer le contentieux du crédit à la consommation au tribunal d'instance, malgré la mise en place de la

⁵⁴⁶ Dans le même sens, le nouvel art. L. 137-2 C. consom. issu de la loi du 17 juin 2004 dispose que : « l'action des professionnels, pour les biens ou les services qu'ils fournissent aux consommateurs, se prescrit par deux ans. » Le législateur enferme donc les demandes en justice des professionnels contre les consommateurs dans un délai dérogatoire au délai de droit commun en matière de prescription.

⁵⁴⁷ Sur la question : v. G. Raymond, JCP E 2008, n° 12-13, p. 17, spéc. p. 18 ; CCC 2008. Etude 3 (Les modifications au droit de la consommation apportées par la loi n° 2008-3 du 3 janv. 2008. E. Bazin, De l'office du juge en droit de la consommation, Dr. et proc. 2008. 125. H. Croze, Pouvoir de relever d'office les moyens tirés du code de la consommation, Procédures 2008, n° 80. G. Poissonnier, Office du juge en droit de la consommation : une clarification bienvenue, D. 2008. 1285. CCC 2009, Etude 5, mode d'emploi du relevé d'office en droit de la consommation. N. Rzepecki, Le relevé d'office par le juge des dispositions du code de la consommation : principe et régime, RLDA juin 2009. 41. C. Alliez, La réforme de l'office du juge en droit de la consommation, LPA 2 juill. 2009. Ph. Flores et G. Biardeaud, l'office du juge et le crédit à la consommation, D. 2009, 2227.

⁵⁴⁸ On dénombre en effet 57 021 demandes sur un total de 77 829 demandes correspondant au contentieux au fond impliquant les banques dans le cadre de l'impayé. En rappel ce contentieux se rattache aux postes 38B, 38C, 53B et 53F de la nomenclature des affaires civiles du ministère de la justice.

juridiction de proximité. Le caractère exclusif de la compétence du juge d'instance en la matière est donc affirmé, le montant de la demande ne permettant pas de déroger à la règle.

375. Le contentieux du crédit à la consommation relève de la compétence du tribunal d'instance du fait de la volonté du législateur, qui pose des dispositions d'ordre public⁵⁴⁹, certaines décisions juridictionnelles précisant qu'il s'agit d'un ordre public de protection⁵⁵⁰. Cette dévolution de compétence matérielle au juge étatique s'inscrit dans le cadre de la protection du consommateur, partie faible au contrat. Le juge étatique semble en effet être, aux yeux du législateur, le mieux à même de garantir cette protection. Ce juge est un maillon du pouvoir judiciaire au sein de l'Etat, pour lequel il assure une mission de service public. Le service public de la justice a certes pour fonction de dire le droit, mais aussi de protéger les plus faibles. Le juge d'instance joue donc ce rôle de juge spécial du crédit à la consommation.

376. S'agissant de la compétence territoriale, il faut se référer aux règles posées par le code de procédure civile pour déterminer le tribunal d'instance territorialement compétent. Le principe posé par l'art. 42 de ce code est celui de la compétence de la juridiction du lieu où demeure le défendeur. Son art. 46 institue une option de compétence pour le demandeur. Ainsi, en matière contractuelle, le demandeur peut saisir la « juridiction du lieu de la livraison effective de la chose ou du lieu de l'exécution de la prestation de service. ». Il va sans dire que dans le cadre du crédit à la consommation (qui résulte d'un contrat), le demandeur pourra saisir le tribunal d'instance du lieu où demeure le défendeur, ou celui du lieu d'exécution du contrat de crédit. C'est en ce sens qu'il a été jugé⁵⁵¹ que le tribunal d'instance compétent au regard de l'art. L. 311-37 C. consom. est celui du lieu de la remise des fonds.

L'art L. 141-5 C. consom⁵⁵². issu de la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 prévoit que : « le consommateur peut saisir à son choix, outre l'une des juridictions territorialement compétentes en vertu du code de procédure civile, la juridiction du lieu où il demeurait au

⁵⁴⁹ Conformément à l'art. L. 313-16 C. consom., « les dispositions des chapitres Ier et II et des sections 2 à 8 du chapitre III sont d'ordre public. ». Les chapitre I et II traitent du crédit à la consommation pour l'un et du crédit immobilier pour l'autre.

⁵⁵⁰ Les nullités sanctionnant les irrégularités en matière de crédit sont des nullités relatives : CA Paris, 16 mai 1986 : D. 1986. 465, concl. Paire. Il a par ailleurs été jugé qu'il résulte de l'art. 92 CPC que le tribunal de grande instance peut se déclarer d'office incompétent, en cas de méconnaissance de la compétence du tribunal d'instance, le texte ne distinguant nullement les notions d'ordre public de direction ou d'ordre public de protection : CA Versailles, 5 oct. 1995 : BICC 1996, n° 421.

⁵⁵¹ Rennes, 19 sept. 1997 : CCC. 1997, n° 170, note Raymond. V. aussi TI Grenoble, 19 juin 2001 : CCC. 2001, n° 165, note Raymond.

⁵⁵² V. L. Raschel, Droit d'option du consommateur, Procédures 2009, n° 230. S. Piedelièvre, Brèves remarques sur les nouvelles dispositions du code de la consommation dues à la loi du 12 mai 2009. D. Fenouillet, Nouvelle option de compétence, RDC 2009. 1438

moment de la conclusion du contrat ou de la survenance du fait dommageable. ». Cette disposition spéciale est plus favorable au consommateur, qui a la possibilité de choisir la juridiction la plus proche de son domicile, ce qui peut constituer pour lui un gain de temps et d'argent. L'option offerte au consommateur est par ailleurs susceptible de le rapprocher de la justice, et ainsi de l'inciter davantage à défendre ses droits.

377. Le caractère d'ordre public des règles de compétence en matière de crédit à la consommation interdit en principe toute possibilité de clause attributive de compétence matérielle. Toutefois, il n'est pas impossible qu'un litige portant sur le crédit à la consommation soit jugé par le tribunal de commerce. En effet, « lorsque l'acte est civil pour le demandeur, celui-ci peut fort bien saisir néanmoins le tribunal de commerce en vertu de l'option de compétence qui lui est offerte⁵⁵³. A supposer même que le tribunal de commerce soit saisi par le commerçant, au mépris de la nullité de la clause, ce n'est pas pour autant que la juridiction consulaire se dessaisira du litige dans la mesure où le juge a seulement la faculté et non pas l'obligation de se déclarer incompétent : il est ainsi imaginable que l'accord des contractants puisse proroger, en violation d'une règle d'ordre public mais sans aucune sanction, la compétence matérielle du tribunal de commerce, voire celle d'une juridiction d'exception plus généralement. »⁵⁵⁴.

Sur le plan territorial, les conditions posées par l'art. 48 du CPC⁵⁵⁵ en matière de clauses attributives de compétence territoriale n'en permettent pas l'insertion dans les contrats de consommation. La compétence territoriale du juge d'instance ne peut donc en principe être remise en cause.

378. Mais une difficulté importante est née sur le point de savoir si la compétence d'ordre public du tribunal d'instance fait obstacle à celle du juge de l'exécution (JEX), s'agissant des litiges portant sur le crédit à la consommation. Sur ce point, le JEX de Nancy a décidé que la compétence d'attribution du tribunal d'instance en matière crédit à la consommation ne fait pas obstacle à celle du JEX dans le cadre des difficultés d'exécution portant sur cette matière, au motif que la loi du 9 juill. 1991, d'ordre public, et postérieure à celle de 1978, a créé « un bloc de compétence particulier au profit du JEX. ». Mais un auteur

⁵⁵³ V. par ex. T. com. Paris, 3 févr. 1998 : Gaz. Pal. 15-16 oct. 1999, 3.

⁵⁵⁴ L. Cadiet, E. Jeuland, Droit judiciaire privé, 4^e éd. Litec 2004.

⁵⁵⁵ D'après cette disposition, cette clause n'est valable qu'à la double condition qu'elle soit conclue entre commerçants, et qu'elle ait été « spécifiée de façon très apparente dans l'engagement de la partie à qui elle est opposée ».

a pu considérer que « si la loi de 1991, loi générale relative aux procédures civiles d'exécution a laissé subsister sans modification l'art. 27 de la loi de 1978 (art. L. 311-37 C. consom.), loi spéciale relative à la protection des consommateurs en matière de crédit, il y a lieu sans doute, en vertu de la règle « *specialia generalibus derogant* », de faire prévaloir cet art. 27 sur les dispositions de l'article L. 311-12-1 C. org. Jud. (art. L. 213-6 COJ). »⁵⁵⁶. Le problème est de savoir si le JEX reste compétent en cas d'attribution d'une compétence matérielle d'ordre public par une législation spéciale à une autre juridiction. En outre la notion d' « application du présent chapitre » utilisée par le législateur (art. L. 311-37 C. consom.) inclut-elle les matières dévolues au JEX ? L'énoncé de l'art. L. 213-6 COJ semble apporter une réponse à cette question. D'après cette disposition, « le juge de l'exécution connaît, de manière exclusive, des difficultés relatives aux titres exécutoires et des contestations qui s'élèvent à l'occasion de l'exécution forcée, même si elles portent sur le fond du droit à moins qu'elles n'échappent à la compétence des juridictions de l'ordre judiciaire... ». La compétence exclusive du juge de l'exécution est ainsi étendue à toutes les difficultés d'exécution dans les matières relevant de l'ordre judiciaire. Il va sans dire que ce juge est compétent à titre exclusif dans le cadre des difficultés d'exécution portant sur le crédit à la consommation, matière dévolue à l'ordre judiciaire. La compétence du JEX étant une compétence exclusive, tout autre juge que lui doit relever d'office son incompétence. Des auteurs soutiennent en effet que « c'est le parti de la concentration des compétences qui a été adopté par le législateur plutôt que de laisser à chaque juridiction le soin de connaître du contentieux de l'exécution des jugements et autres titres exécutoires relevant de sa compétence matérielle. »⁵⁵⁷. C'est davantage la volonté du pouvoir normatif de concentrer le contentieux de l'exécution dans les matières de l'ordre judiciaire, qui fonde la compétence du juge de l'exécution à connaître des litiges liés aux difficultés d'exécution dans le cadre du crédit à la consommation. La postériorité du code de l'organisation judiciaire à la législation relative au crédit à la consommation semble donc constituer un argument secondaire. Le juge de l'exécution exerce des fonctions particulières, qui dérogent par conséquent aussi bien aux règles de compétence de droit commun qu'à celles de droit spécial. Cela explique que le président du TGI qui occupe la fonction de JEX soit saisi dans le cadre de l'exécution en matière de crédit à la consommation.

⁵⁵⁶ Obs. P. Julien sous TGI Nancy, JEX, 20 avr. 1993 : D. 1994. Somm. 336.

⁵⁵⁷ L. Cadiet, E. Jeuland, Droit judiciaire privé, Litec 5^e éd. 2006, p. 85.

379. Si les litiges portant sur le crédit à la consommation sont expressément dévolus au tribunal d'instance, il n'en va pas de même de ceux portant sur les autres matières relevant du droit de la consommation.

B- LA COMPETENCE REGIE PAR LE DROIT COMMUN

380. En dehors du crédit à la consommation, les règles relatives à la compétence juridictionnelle dans le cadre des litiges mettant en cause des non professionnels se retrouvent essentiellement dans le droit commun. C'est le cas en matière de crédits immobiliers. Les crédits immobiliers régis par le code de la consommation sont énumérés à l'art. L. 312-2 de ce code. Il s'agit de « prêts qui, quelle que soit leur qualification ou leur technique, sont consentis de manière habituelle par toute personne physique ou morale en vue de financer les opérations suivantes :

1° Pour les immeubles à usage d'habitation ou à usage professionnel et d'habitation :

a) Leur acquisition en propriété ou en jouissance ;

b) La souscription ou l'achat de parts ou actions de société donnant vocation à leur attribution en propriété ou en jouissance ;

c) Les dépenses relatives à leur construction, leur réparation, leur amélioration ou leur entretien lorsque le montant de ces dépenses est supérieur à celui fixé en exécution du dernier alinéa de l'article L. 311-3 (21 500 euros) ;

2° L'achat de terrains destinés à la construction des immeubles mentionnés au 1° ci-dessus. ».

381. Le code de la consommation comporte une disposition relative à la procédure applicable au crédit immobilier qu'il régit. Ainsi, conformément à l'art. L. 312-36 C. consom., « le tribunal d'instance connaît des actions nées de l'application des articles L. 312-31 et L. 313-12. ».

L'article L. 312-31 pose la règle selon laquelle « les dispositions de l'article L. 313-12 sont applicables aux contrats soumis aux dispositions de la présente section. ». Cette section est relative à la location-vente et la location assortie d'une promesse de vente. L'art. L. 313-12 quant à lui régit la compétence du juge d'instance en matière de délais de grâce. On peut en déduire que le juge d'instance est compétent en matière de délais de grâce relatifs à la location-vente et la location assortie d'une promesse de vente prévues par le code de la consommation.

Le code de la consommation (art. L. 312-36) n'affirme donc pas le principe de compétence du tribunal d'instance dans le cadre du crédit immobilier relevant de ce code, comme il est de règle en ce qui concerne le crédit à la consommation. Ce sont par conséquent les dispositions classiques prévues par le code de l'organisation judiciaire relatives à la compétence matérielle qui s'appliquent. La jurisprudence⁵⁵⁸ décide en ce sens que l'art. L. 312-36 C. consom. ne comporte aucune dérogation autre que celle relative aux demandes de délais de grâce. Il est vrai que cette disposition législative contient une part d'ambiguïté, dans la mesure où elle procède par renvoi à différents textes, ce qui complique sa compréhension. La formulation très discutable de l'art. L. 312-36 C. consom. ne favorise pas une meilleure connaissance du droit de la consommation, surtout de la part des consommateurs pour lesquels il est conçu. Le texte mériterait donc d'être réécrit, dans le sens d'une plus grande simplification, afin de faciliter l'accès des consommateurs à leur droit.

382. Par ailleurs, le principe d'octroi des délais de grâce prévu aussi bien par le code de la consommation que par le Code civil (art. 1244-1 à 1244-3) conforte le juge étatique comme juge en matière de difficultés de paiement nées du crédit bancaire. En pareil cas, outre le fait que les banques sont tenues de saisir ce juge si elles souhaitent obtenir un titre exécutoire contre des emprunteurs consommateurs défaillants, le débiteur quant à lui a tout intérêt à solliciter du juge l'octroi des délais de grâce, s'il ne peut faire face à ses obligations. L'octroi de ces délais incombe nécessairement au juge étatique (car disposant de l'*imperium*), et non à l'arbitre (absence d'*imperium*) ou au médiateur (absence de pouvoir juridictionnel et d'*imperium*). Le pouvoir reconnu à ce juge en cette matière est important, puisqu'il peut réaménager le contrat de crédit⁵⁵⁹, influant ainsi aussi bien sur le terme que sur le montant de l'impayé. En effet, conformément à l'art. L. 313-12 C. consom., « l'exécution des obligations du débiteur peut-être, notamment en cas de licenciement, suspendue par l'ordonnance du juge d'instance dans les conditions prévues aux articles 1244-1 à 1244-3 du code civil. L'ordonnance peut décider que, durant le délai de grâce, les sommes dues ne produiront point intérêt.

⁵⁵⁸ Civ. 1^{re}, 23 nov. 2004, JCP E 2005, n° 3, p. 61.

⁵⁵⁹ Ce pouvoir du juge est encadré aussi bien par le législateur que par la jurisprudence. L'art. 1244-1 C. civ. prévoit par exemple que le juge doit prendre en considération les « besoins du créancier », ou encore que sa décision doit être « spéciale et motivée ». Il a ainsi été jugé que dérogatoires au droit commun, l'art. L. 313-12 C. consom. et l'art. 1244, al. 2 C. civ. doivent être d'interprétation stricte : s'ils permettent d'accorder un répit aux débiteurs malheureux et de bonne foi, en les dispensant provisoirement de payer certaines échéances, ils ne sauraient avoir pour conséquence de ruiner l'autorité des contrats ; ainsi, le juge n'a pas le pouvoir d'allonger la durée d'amortissement d'un prêt d'épargne logement. CA Versailles, 31 janv. 1986 : D. 1986. IR. 393, obs. Aubert.

En outre, le juge peut déterminer dans son ordonnance les modalités de paiement des sommes qui seront exigibles au terme du délai de suspension, sans que le dernier versement puisse excéder de plus de deux ans le terme initialement prévu pour le remboursement du prêt ; il peut cependant surseoir à statuer sur ces modalités jusqu'au terme du délai de suspension. ».

La protection du consommateur, préoccupation constante du législateur pourrait davantage être confortée par une consécration des actions de groupe en droit français.

§ 2- LA CONSECRATION SOUHAITABLE DES *CLASS ACTIONS*

383. Il arrive que les clients des établissements de crédit soient victimes de pratiques bancaires contestables, dans le cadre d'opérations courantes. En effet, en dépit de la législation relative au droit au compte et des textes réglementaires encadrant les rapports entre les établissements de crédit et leurs clients titulaires de comptes de dépôt, certains comportements bancaires sont mis à l'index. Ainsi, un rapport de la Commission européenne publié le 22 septembre 2009⁵⁶⁰ et relatif aux opérations bancaires courantes sur le territoire de l'UE critique vivement les pratiques des banques européennes en matière de frais bancaires. D'après un communiqué de la commissaire européenne d'alors en charge des consommateurs Magdalena KUNEVA, « les banques de détail manquent à leurs obligations envers les consommateurs (...) Les banques doivent mettre de l'ordre chez elles et changer les mentalités en ce qui concerne la manière dont elles traitent les consommateurs »⁵⁶¹. Elle ajoute que « les autorités des Etats membres doivent assumer leurs obligations, qui consistent à appliquer la législation communautaire en matière de consommation », citant les tarifications complexes, les redevances cachées et les informations peu claires et incomplètes. On apprend ainsi que la France, avec l'Espagne et l'Italie se classe parmi les plus mauvais élèves des vingt-sept tant en termes de transparence que de simplicité et seule la Hongrie et la Grèce font pire dans l'une de ces deux catégories.

⁵⁶⁰ Ce rapport est disponible en langue anglaise sur le site de la Commission, à l'adresse suivante : http://ec.europa.eu/consumers/rights/docs/swd_retail_fin_services_en.pdf

⁵⁶¹ Source : L'express.fr, 22/09/09.

La Commission reproche notamment aux établissements de ces pays de faire un usage excessif du jargon légal et financier et de dissimuler en petits caractères des informations importantes portant sur les produits sollicités.

L'exécutif communautaire explique même que, dans deux cas sur trois, ses experts chargés d'établir le rapport ont dû entrer en contact avec les banques pour tirer au clair les informations fournies sur les tarifs appliqués.

L'étude qui a analysé les tarifs pratiqués par 224 banques couvrant environ 80% du marché de la banque de détail de l'union européenne, mentionne également le manque de formation du personnel bancaire et l'intéressement de ce dernier à la diffusion de certains produits comme des facteurs susceptibles de renforcer la tendance à l'opacité.

L'introduction des « *class actions* »⁵⁶² (actions de groupe) en droit français pourrait être de nature à faciliter une lutte efficace contre les dérives soulevées par la Commission en matière de comportements des banques. Comme l'écrit O. GOUT, « ce mécanisme permettrait à la fois de rendre plus effectif l'accès au juge et de contribuer à promouvoir l'effectivité des droits du consommateur et donc le respect du droit de la consommation. »⁵⁶³.

384. En dépit de quelques annonces politiques faites en ce sens, la législation française ne permet pas encore ce type d'action. Le projet de loi en faveur des consommateurs présenté le 8 novembre 2006 en Conseil des ministres a d'ailleurs été retiré du calendrier parlementaire en février 2007. Ce projet était destiné à instaurer au bénéfice des associations nationales agréées une action de groupe pour les petits préjudices matériels pour lesquels les consommateurs renoncent souvent à agir en justice. En outre, les récentes déclarations d'intention⁵⁶⁴ sur l'adoption d'un texte relatif à l'action de groupe sont restées sans suite. Mais une directive européenne serait en préparation sur la question⁵⁶⁵, ce qui pourrait changer la donne en droit interne dans les années à venir. La Commission européenne retiendrait le principe de l' « *opt-in* », suivant lequel seules les personnes présentes dans l'action de groupe bénéficieront du jugement. Ce choix est différent de celui de l' « *opt-out* »⁵⁶⁶ retenu dans la *class action* américaine. D'après ce système, une victime démontrant appartenir au groupe peut bénéficier du jugement sans avoir été partie au procès.

⁵⁶² Sur la question : Droit et démocratie, pour mieux réparer les préjudices collectifs. Une « *Class action* » à la française ? : Gaz. pal. 28-29 sept. 2001, p. 2. v. également : Actions de groupe et pratiques anticoncurrentielles : perspectives d'évolution... au Royaume-Uni, D. 2008, p. 232 et s.

⁵⁶³ O. Gout, L'accès au droit des consommateurs, LPA, 30 mai 2008 n° 109, p. 20 et s.

⁵⁶⁴ Rép. min. n° 00441, JO Sénat Q 11 sept. 2008, p. 1826.

⁵⁶⁵ Source : latribune.fr 24/09/2009.

⁵⁶⁶ S'agissant de ces termes *opt-in opt-out*, v. également : P. Deumier, *opt-in et opt out* (« A propos de nouveaux systèmes d'application des sources du droit des contrats »), RDC 01/10/2007, n° 4, p. 1462.

385. Face à des préjudices d'un montant peu élevé, les clients ne trouvent en effet pas la nécessité d'engager des actions individuelles en justice. Les actions de groupe intentées par les clients réunis ou par des associations de défense des usagers de banques donneraient lieu à des indemnisations importantes de la part des établissements de crédit, en réparation du préjudice subi, ce qui influencerait fatalement sur les pratiques de la profession bancaire. Par ailleurs, la publicité faite autour de ces actions contribuerait également à une amélioration des pratiques des établissements de crédit. Ce type d'action bien connu aux USA et au Québec (sous le nom de recours collectif), se heurte en France à la fois à des réticences du pouvoir économique, mais aussi à certaines difficultés juridiques. L'action en justice suppose en effet que le demandeur ait un intérêt personnel et direct à agir. La maxime « nul ne plaide par procureur » et la relativité de la chose jugée figurent au nombre des principaux arguments invoqués contre l'introduction de ces actions en droit français. Le législateur a certes institué l'action en représentation conjointe⁵⁶⁷ aux art. L. 422-1 à L. 422-3 C. consom., complétés par les articles R. 422-1 à R. 422-10. Cette action peut permettre à une association agréée de demander la réparation de plusieurs préjudices individuels ayant une origine commune. Mais « l'obligation faite aux associations d'identifier les consommateurs lésés et de leur demander un mandat préalable rend l'action en représentation conjointe pratiquement inutilisable pour les dommages à grande échelle, touchant un grand nombre de consommateurs. Pour résoudre le problème posé par ces dommages, il faudrait sans doute aller plus loin et créer une véritable action de groupe. »⁵⁶⁸. Par ce type d'action, les associations agréées pourraient exercer des poursuites sans mandat ni identification préalables des consommateurs, afin de demander réparation du préjudice subi par ces derniers. En cas de condamnation de l'établissement de crédit, les consommateurs concernés seraient informés du jugement par voie de publicité. Il leur serait possible de saisir le tribunal par requête, s'ils souhaitent bénéficier de la décision rendue. Pour les victimes ne souhaitant pas bénéficier du jugement, la voie des actions individuelles resterait ouverte. Ce système de l'« *opt-out* » paraît plus efficace en matière de protection des consommateurs⁵⁶⁹.

⁵⁶⁷ Sur ce point, L. Boré, « L'action en représentation conjointe : Class action française ou action mort-née ? » D. 1995, Chron. 267.

⁵⁶⁸ J. Calais-Auloy, F. Steinmetz, Droit de la consommation, Dalloz 5^e éd. p. 583.

⁵⁶⁹ Par ailleurs, une plus grande mobilité de la clientèle à travers un changement d'institution bancaire en cas d'insatisfaction peut également conduire à une amélioration des pratiques. Sous la pression de l'Etat, les établissements de crédit ont récemment conclu des conventions facilitant les passages de la clientèle d'une banque à l'autre.

Cette protection des consommateurs s'affirme également par l'existence de dispositions pénales, dans le cadre des règles régissant l'activité bancaire.

Section 2 : LA COMPETENCE JURIDICTIONNELLE DECOULANT DU DROIT PENAL

386. Le législateur incrimine certains comportements en lien avec l'activité bancaire. Le but est de garantir un meilleur respect de la règle de droit par des sanctions plus lourdes ; le caractère dissuasif de la norme devant contribuer à décourager les éventuels contrevenants. La consécration par le législateur du principe de la responsabilité pénale des personnes morales renforce le rôle du juge étatique, dans la lutte contre les infractions commises par les établissements de crédit. Dans ce dessein, le code de la consommation et surtout le code monétaire et financier instituent un certain nombre d'infractions pénalement réprimées. La sanction de ces infractions relève évidemment de la compétence du juge pénal, juge étatique chargé d'appliquer la loi pénale, et plus largement de mettre en œuvre la politique pénale de l'Etat. Ce juge applique des dispositions pénales issues de différents textes en lien avec l'activité bancaire. Ainsi, le code de la consommation, qui régit une partie de l'activité des établissements de crédit, contient diverses règles pénales, destinées à assurer une meilleure protection du consommateur. A la lecture du code monétaire et financier, on constate qu'il comporte également plusieurs titres intitulés « dispositions pénales » au sein de ses différents livres. C'est ainsi que dans le livre 1^{er} portant sur la monnaie, le titre VI régit les dispositions pénales. Le livre II de ce code intitulé : Les produits comporte également un titre III relatif aux dispositions pénales portant sur les infractions relatives aux instruments financiers et sur celles portant sur les produits d'épargne. Quant au livre III qui traite des services, son titre V porte sur les dispositions pénales. Il s'applique notamment aux infractions relatives au droit au compte et aux relations avec les clients (chap I), aux infractions relatives au fonds de garantie des déposants (chap II), et aux infractions relatives au démarchage (chap III). On peut également citer le titre IV du livre VI relatif aux institutions en matière bancaire et financière.

On le voit, le droit pénal, matière empreinte d'ordre public de direction irrigue considérablement l'activité des banques. Cela explique qu'une partie du contentieux bancaire se retrouve nécessairement devant les juridictions étatiques répressives. L'intervention du

juge en la matière se fait aussi bien dans le cadre de la répression des infractions bancaires stricto sensu (§ 1), que dans celle des infractions découlant des services connexes, notamment en matière d'investissement (§ 2).

§ 1- LA REPRESSION DES INFRACTIONS BANCAIRES STRICTO SENSU

387. La saisine du juge pénal intervient autant lorsque les banques sont poursuivies (A), que lorsqu'elles sont en position de parties civiles (B).

A- DES CAS DE POURSUITES CONTRE LES BANQUES DEVANT LE JUGE PENAL

388. Au même titre que les autres justiciables, les banques sont susceptibles d'être poursuivies devant le juge pénal si elles commettent des infractions. Certaines de ces infractions peuvent être constatées par les agents de la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, sur des procès verbaux transmis au procureur de la république. L'action publique peut ainsi être enclenchée, aboutissant à une sanction pénale. C'est par exemple le cas en matière de pratique commerciale trompeuse régie par l'art. L. 121-1 C. consom., la sanction prévue à l'art. L. 213-1 du même code est de deux ans d'emprisonnement et d'une amende de 37 500 euros, les personnes morales étant pénalement responsables dans les conditions prévues par l'art. 121-2 du code pénal. Dans ce dernier cas, l'amende encourue peut être multipliée par 5, conformément à l'art. 131-8 du code pénal.

A travers ces dispositions pénales, le législateur vise certes à protéger les consommateurs, mais aussi à faire régner l'ordre public économique. Ces considérations justifient qu'en matière de crédit, activité au centre de la définition de la banque, le législateur mette en place des sanctions pénales en cas de transgression de certaines normes. La sanction répressive étant réputée plus dissuasive que celle civile. Il est même possible de combiner les

deux sanctions, le juge pénal ayant également le pouvoir de prononcer des sanctions civiles. Des amendes sanctionnent ainsi l'inobservation de certaines règles relatives au crédit bancaire.

Dans le cadre du crédit à la consommation, l'art. L. 311-34 C. consom. dispose que : « le prêteur qui omet de respecter les formalités prescrites aux articles L. 311-8 à L. 311-13 et de prévoir un formulaire détachable dans l'offre de crédit, en application de l'article L. 311-15, sera puni d'une amende de 1 500 euros (...) ». La loi précise que la responsabilité incombera aux dirigeants si le contrevenant est une personne morale. S'agissant de la qualification de l'infraction, il devrait s'agir d'une contravention de 5^{ème} classe⁵⁷⁰, compte tenu du montant de l'amende. Il va sans dire que c'est le tribunal de police qui sera compétent pour prononcer les sanctions prévues par l'art. L. 311-34 C. consom. ; le tribunal d'instance prenant la dénomination de tribunal de police lorsqu'il statue en matière pénale (art. 221-1 du code de l'organisation judiciaire).

389. Le tribunal correctionnel peut également être saisi, en application de l'art. L. 211-9 du code de l'organisation judiciaire, en cas de délits commis par les établissements de crédit. Il en sera ainsi par exemple en matière de crédit immobilier. Le législateur punit en effet d'une amende de 30 000 € un certain nombre d'infractions relatives entre autres à la publicité relative au crédit immobilier (L. 312-32 C. consom.) ou encore à l'inobservation du formalisme précontractuel mis en place dans le cadre de ce crédit (L. 312-33 C. consom.).

390. En ce qui concerne l'octroi du crédit aux entreprises, les banques peuvent être poursuivies pour banqueroute sur le fondement des art. L. 654-1 et s. du code de commerce. Ce sera notamment le cas si elles sont reconnues comme dirigeants de fait de l'entreprise soumise à la procédure collective. Il est également possible d'engager la responsabilité pénale des dirigeants des établissements de crédit en cas de banqueroute en se référant à l'art. L. 654-1 (3°) C. com. Pour ces derniers, la sanction prononcée à titre principal est indiquée à l'art. L. 654-3 C. com., qui prévoit cinq ans d'emprisonnement et 75 000 euros d'amende. Des peines complémentaires sont également instituées par le code de commerce. La juridiction répressive peut par exemple prononcer la faillite personnelle des dirigeants ou encore l'interdiction de diriger, de gérer, d'administrer ou de contrôler toute personne morale, en application de l'art. L. 653-8 C. com.

⁵⁷⁰ Art. 131-13 du code pénal.

L'objectif de ces règles pénales relatives à la banqueroute semble être de promouvoir une attitude plus prudente des banques dans le cadre de la distribution du crédit aux entreprises connaissant des difficultés. C'est ainsi que la chambre criminelle⁵⁷¹ de la Cour de cassation a cassé un arrêt mettant hors de cause la Banque Populaire du centre dont la responsabilité civile était engagée du fait des agissements de son directeur poursuivi pour complicité de banqueroute. La même formation⁵⁷² a par ailleurs confirmé dans un arrêt ultérieur la condamnation pénale pour complicité de banqueroute des directeurs et chefs d'agences de deux banques (Banque Pouyanne et caisse régionale de Crédit Agricole mutuel du sud-ouest) dans un litige où des effets de commerce avaient été frauduleusement escomptés. La Haute juridiction a toutefois écarté la responsabilité civile des deux banques à la suite d'une appréciation jugée inexacte du préjudice par les juges du fond. L'ouverture de l'action pénale à plusieurs personnes pouvant se porter partie civile confirme l'option législative de combattre vigoureusement cette infraction. Conformément à l'art. L. 654-7 C. com., l'action pénale peut en effet être ouverte à l'initiative du ministère public, ou « sur constitution de partie civile de l'administrateur, du mandataire judiciaire, du représentant des salariés, du commissaire à l'exécution du plan, du liquidateur ou de la majorité des créanciers nommés contrôleurs agissant dans l'intérêt collectif des créanciers lorsque le mandataire de justice ayant qualité pour agir n'a pas agi, après une mise en demeure restée sans suite (...) ».

391. L'infraction de blanchiment, prévue et réprimée par l'art. 324 du code pénal donne parfois lieu à un contentieux pénal impliquant des établissements de crédit. C'est ainsi que la chambre criminelle⁵⁷³ de la Cour de cassation a approuvé un arrêt de la chambre de l'instruction de la Cour d'appel de Paris (3^e section) confirmant l'ordonnance de placement sous contrôle judiciaire avec obligation de verser un dépôt de garantie de 500 000 € de la société Crédit du Nord. Cet établissement de crédit était poursuivi pour blanchiment aggravé.

392. Il arrive également que la gestion des instruments de paiement conduise à poursuivre les banques devant le juge répressif. Ainsi, en matière de chèque par exemple, l'art. L. 163-1 CMF punit d'une amende de 6 000 € le fait pour le tiré, de refuser le paiement d'un chèque hors les cas mentionnés au deuxième alinéa de l'art. L. 131-35 CMF, au motif que le tireur y a fait opposition. Les banques encourent donc des sanctions pénales si elles refusent de payer notamment lorsque le tireur a fait une opposition non prévue par l'al. 2 de

⁵⁷¹ Cass. crim. 25 mai 1971, n° de pourvoi : 70-90648.

⁵⁷² Cass. crim. 3 avril 1991, n° de pourvoi : 89-85699.

⁵⁷³ Cass. crim. 14 nov. 2006, n° de pourvoi : 06-86787.

l'art. L. 131-35 CMF (perte, vol, utilisation frauduleuse, redressement ou liquidation judiciaire du porteur). Le tiré est également passible d'une amende de 12 000 € dans un certain nombre d'hypothèses prévues à l'art. L. 163-10 CMF. Ce sera par exemple le cas s'il indique une provision inférieure à la provision existante et disponible. La chambre criminelle de la Cour de cassation⁵⁷⁴ a ainsi retenu la responsabilité d'un directeur d'agence bancaire sur le fondement de cette disposition.

393. L'observation de la jurisprudence montre que le juge pénal est parfois saisi pour réprimer des montages bancaires frauduleux. Ainsi, un tribunal correctionnel⁵⁷⁵ puis une Cour d'appel⁵⁷⁶ ont condamné des dirigeants d'une banque reconnus coupable de cette infraction. Ces derniers avaient créé quatre sociétés sans activité réelle contrôlées par eux afin de donner à leur groupe bancaire l'apparence d'une conformité avec les impératifs de ratios de solvabilité. L'arrêt de cette Cour d'appel a déclaré recevable la constitution de partie civile de l'AFB (Association Française de Banques), dès lors qu'il apparaît à la Cour que les intérêts généraux ou collectifs de la profession bancaire se trouvent atteints directement, en l'occurrence par des agissements frauduleux pénalement répréhensibles sur le fondement de la loi du 24 janvier 1984 (art. L. 571-4 CMF⁵⁷⁷).

La jurisprudence⁵⁷⁸ retient également la responsabilité pénale des dirigeants d'une banque qui ont dissimulé à la commission bancaire des informations dans les documents adressés à cette dernière. Ces informations portaient notamment sur le pourcentage des crédits accordés à la clientèle par rapport aux fonds propres.

394. On le voit, les banques, leurs dirigeants et leurs préposés peuvent faire l'objet de poursuites pénales aussi bien à l'initiative de leurs clients que des tiers, voire du ministère public. Il va sans dire que le contentieux bancaire peut également être un contentieux pénal, ce qui justifie qu'il soit en pareil cas impérativement porté devant le juge étatique. Les établissements de crédit étant passibles de poursuites pénales perdent la maîtrise du contentieux, les victimes des infractions décidant de la manière dont elles souhaitent régler le litige.

⁵⁷⁴ Cass. crim. 17 mars 1966 : Bull. crim. n° 102 ; RTD com. 1967. 833.

⁵⁷⁵ T. corr. Paris, 4 juill. 1991 : D. 1992. Somm. 359, obs. Vasseur.

⁵⁷⁶ Paris, 22 sept. 1993 : D. 1994. Somm. 321, obs. Vasseur.

⁵⁷⁷ D'après cette disposition, « le fait, pour tout dirigeant d'un établissement de crédit (...), de ne pas répondre, après mise en demeure, aux demandes d'information de l'Autorité de contrôle prudentiel, de mettre obstacle de quelque manière que ce soit à l'exercice par celle-ci de sa mission de contrôle ou de lui communiquer des renseignements inexacts est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende. ».

⁵⁷⁸ Cass. crim. 20 mars 1995, n° de pourvoi : 93-85076.

Mais les poursuites devant le juge pénal se font parfois à l'initiative des banques.

B- LES BANQUES PARTIES CIVILES DEVANT LE JUGE PENAL

395. Il arrive que les banques se retrouvent devant le juge pénal en position de parties civiles pour faire sanctionner les infractions dont elles sont victimes ou dont elles ont connaissance, et obtenir réparation du préjudice subi. La matière des instruments de paiement constitue en ce sens un terrain fertile d'intervention du juge pénal dans le cadre de l'activité bancaire. Il est ainsi possible aux établissements de crédit de déclencher l'action publique en cas de contrefaçon ou de falsification d'un chèque ou d'une carte bancaire en application des articles L. 163-3 et L. 163-4 du code monétaire et financier. Saisi par le GIE cartes bancaires, un tribunal correctionnel⁵⁷⁹ a par exemple prononcé une condamnation à la suite d'une contrefaçon de carte bancaire. La chambre criminelle de la Cour de cassation a également eu l'occasion de condamner des personnes coupables de falsification de chèque⁵⁸⁰. Les personnes reconnues coupables encourent des peines assez lourdes, outre les sanctions civiles éventuellement applicables: sept ans d'emprisonnement et 750 000 € d'amende.

396. L'utilisation des cartes de crédit volées a aussi permis aux banques d'obtenir réparation du préjudice subi devant le juge répressif. La chambre criminelle⁵⁸¹ de la Cour de cassation a ainsi décidé qu'en déclarant recevables les constitutions de partie civile des établissements bancaires victimes des escroqueries, et en condamnant l'auteur à réparer le préjudice découlant directement pour elles de l'infraction commise, un arrêt fait l'exacte application des art. 405 C. pén. (art. 313-1 nouv. C. pén.) et 2 C. pr. pén. Dans le même sens, un arrêt de Cour d'appel⁵⁸² a jugé que le Groupement des cartes bancaires, groupement d'intérêt économique dont l'objet est notamment la promotion et la défense des intérêts liés aux cartes bancaires a, au sens de l'art. 2 C. pr. pén., souffert d'un préjudice du fait des agissements frauduleux retenus à l'encontre d'utilisateurs de cartes volées, ledit préjudice

⁵⁷⁹ TGI Paris, 25 févr. 2000 : D. 2000. AJ. 219, obs. Delpech.

⁵⁸⁰ Cass. crim. 17 déc. 2003, n° de pourvoi : 03-81284.

⁵⁸¹ Banque mars 1994. 97, obs. Guillot.

⁵⁸² CA Paris, 28 janv. 1999 : D. Affaires 1999. 673, obs. X. D.

résultant notamment de l'atteinte portée à la crédibilité du système d'achat par carte. La même juridiction⁵⁸³ a jugé recevable la constitution de partie civile, en retenant que le préjudice direct subi par le groupement de cartes bancaires résulte également de l'accroissement des frais de gestion pour l'organisation de la lutte contre les fraudeurs en sa qualité de responsable de la sécurité du fonctionnement de l'interbancaire qu'il coordonne. La chambre criminelle⁵⁸⁴ de la Cour de cassation a par ailleurs condamné pour escroquerie un couple dont le compte domicilié aux USA était clôturé, mais qui continuait à utiliser la carte bancaire relevant de ce compte.

Il arrive parfois que les clients escomptent auprès des banques des traites issues d'un système frauduleux de cavalerie. Les banques victimes de telles manœuvres peuvent obtenir du juge pénal⁵⁸⁵ des sanctions prévues dans le cadre de ces infractions.

397. Bien que le législateur ait choisi d'abroger l'infraction d'émission de chèque sans provision par la loi du 30 décembre 1991, cette matière peut dans certaines conditions recevoir une qualification pénale. L'assemblée plénière⁵⁸⁶ de la Cour de Cassation a ainsi jugé que la demande d'ouverture de compte assortie de la remise, en connaissance de cause, de chèques sans provision ou frappés d'opposition constituait une tentative d'escroquerie.

Dans le même sens, les banques peuvent se porter parties civiles à travers l'application de l'art. L 163-7 CMF, qui punit « d'un emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 375 000 euros le fait pour toute personne, d'émettre un ou plusieurs chèques en violation de l'interdiction prononcée en application de l'article L 163-6 ». L'al. 3 de cette disposition précise que c'est le tribunal du lieu où le chèque est payable qui est compétent pour la connaissance de cette infraction. Les parties ne peuvent en principe y déroger.

L'action pénale peut aussi se fonder sur l'art. L. 163-2 CMF qui « punit d'un emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 375 000 euros, le fait pour toute personne d'effectuer après l'émission d'un chèque, dans l'intention de porter atteinte aux droits d'autrui, le retrait de tout ou partie de la provision, par transfert, virement ou quelque moyen que ce soit, ou de faire dans les mêmes conditions défense au tiré de payer... ».

Cette règle sanctionne des mêmes peines « le fait, pour toute personne, d'émettre un ou plusieurs chèques au mépris de l'injonction qui lui a été adressée en application de l'article L 131-73 CMF... ». La même disposition désigne le tribunal compétent dans le cadre de cette

⁵⁸³ Paris, 13 sept. 2000 : JCP E 2001, n° 10, p. 394.

⁵⁸⁴ Cass. crim. 2 juin 1999, n° de pourvoi : 98-82740.

⁵⁸⁵ CA Amiens, 14 janv. 2009, n° de RG : 08/00569.

⁵⁸⁶ Cass., Ass. Plén., 18 janv. 2006 : Dr. Pénal 2006, n° 49, obs. Véron.

infraction. Il s'agit ici également du tribunal de lieu où le chèque est payable, sans préjudice de l'application des articles 43, 52 et 382 du code de procédure pénale. C'est donc le juge pénal qui en pareil cas devra sanctionner ces manquements à la législation relative aux chèques.

398. Sur le plan statistique, au 23 novembre 2010, on dénombre sur Legifrance huit arrêts rendus par la chambre criminelle de la Cour de cassation sur le fondement de l'article L. 163-2 CMF. On doit toutefois observer que dans la plupart de ces arrêts, les parties civiles sont des personnes physiques victimes de l'infraction. Douze arrêts rendus par la même chambre mentionnent l'art. L. 163-3 CMF. 2 arrêts se réfèrent à l'art. L. 163-4 CMF, alors que 5 arrêts portent la mention de l'art. L. 163-5 CMF et 6 arrêts à l'art. L. 163-6 CMF.

De plus, à partir des mots-clés « banque » et « escroquerie », « banque » et « abus de confiance » ou « banque » et « blanchiment », on relève sur Legifrance diverses décisions illustrant la présence des établissements de crédit devant le juge pénal. La jurisprudence montre ainsi que les banques se portent parfois parties civiles pour obtenir réparation du préjudice causé par leurs salariés ou leurs dirigeants. La chambre criminelle⁵⁸⁷ de la Cour de cassation a ainsi confirmé la détention provisoire du directeur des opérations immobilières d'une banque poursuivi pour complicité d'escroquerie, complicité de corruption active et d'abus de biens sociaux, recel faux et usage de faux.

399. Il arrive également que l'octroi du crédit soit générateur de faits réprimés par la loi pénale. C'est ainsi que les banques ont parfois recours au juge pénal pour sanctionner des infractions dont elles sont victimes de la part des clients bénéficiant parfois de la complicité des préposés des établissements de crédit. La juridiction pénale⁵⁸⁸ a ainsi condamné des clients et deux hauts cadres de banque pour escroquerie et complicité d'escroquerie ayant permis d'obtenir un crédit bancaire. La Banque Populaire du nord et le Crédit du nord étaient parties civiles à l'instance. Dans une espèce similaire, une directrice adjointe de banque et des clients ont été condamnés entre autres pour complicité de banqueroute et pour escroquerie au préjudice de l'établissement de crédit (*Banca commerciale italiana*) anciennement Banque parisienne. Les prévenus avaient fourni de faux documents permettant d'obtenir des crédits⁵⁸⁹.

⁵⁸⁷ Cass. crim. 16 oct. 1996, n° de pourvoi : 96-83413.

⁵⁸⁸ Cass. crim. 14 mai 2008, n° de pourvoi : 07-84635.

⁵⁸⁹ Cass. crim. 8 oct. 2003, n° de pourvoi : 02-80449.

400. Dans le cadre de l'infraction de blanchiment, les poursuites peuvent parfois émaner des établissements de crédit. On relèvera ce litige dans lequel la BNP Paribas a assigné l'un des ses comptables devant la juridiction pénale⁵⁹⁰ pour escroquerie, blanchiment et recel de blanchiment.

401. Dans toutes ces matières où les banques sont en position de partie civile, elles ont la maîtrise du mode de règlement des litiges, et peuvent donc choisir de se faire indemniser par les prévenus en contrepartie de l'abandon de la constitution de partie civile. Mais elles peuvent aussi prendre l'option de saisir le juge pénal, afin d'obtenir des décisions de justice destinées à faire jurisprudence. La saisine du juge étatique présenterait ainsi un intérêt particulier pour les établissements de crédit, grâce à la manière dont les juges sanctionnent réellement les différentes infractions prévues par le législateur. Cela leur permettrait d'obtenir de la jurisprudence, et partant d'adapter leurs stratégies de prévention ou de gestion des contentieux en matière pénale.

On constate par ailleurs que les sanctions prévues sont particulièrement lourdes, ce qui traduit la volonté du législateur de combattre avec une grande fermeté les entorses à la législation bancaire, notamment en matière de chèques et de cartes bancaires. Pour ce faire, le juge étatique semble être le mieux à même de mettre en œuvre la politique pénale de l'Etat. Il statue au nom du peuple français, ce qui lui confère un rôle essentiel dans la protection de l'intérêt général.

La magistrature du juge étatique est également sollicitée dans le cadre des services financiers qu'effectuent les établissements de crédit.

§ 2- L'INTERVENTION DU JUGE PENAL EN MATIERE DE SERVICES FINANCIERS

402. La prestation de services financiers par les établissements de crédit au profit de leurs clients génère parfois du contentieux pénal. C'est également ici la volonté de faire prévaloir un ordre public économique de direction qui justifie l'incrimination des comportements, dans le cadre des services d'investissement. Du fait du caractère d'intermédiation et de la relative complexité de cette activité, les banques en tant que professionnels de la matière financière

⁵⁹⁰ Cass. crim. 26 juill. 2006, n° de pourvoi : 06-82955.

peuvent à ce titre être l'objet de poursuites. Le législateur protège les clients en réprimant les infractions dans le cadre du démarchage en matière bancaire ou financière. La peine encourue est de 6 mois d'emprisonnement et de 7 500 € d'amende, conformément aux art. L. 353-1 CMF⁵⁹¹ et s. La responsabilité pénale des établissements de crédit est susceptible d'être engagée dans les conditions prévues par l'art. 121-2 du code pénal. Ces infractions peuvent être constatées par les fonctionnaires mandatés par le ministère de l'économie, lesquels disposent des pouvoirs d'enquête sur l'ensemble du territoire national conformément à l'art. L. 450-1 C. com. Ils peuvent donc être à l'origine du déclenchement de l'action publique.

403. C'est surtout le délit d'atteinte à la transparence des marchés financiers prévu par les art. L. 465-1 et s. du code monétaire et financier qui donne naissance à un contentieux porté devant le juge répressif. Dans certaines circonstances, l'Autorité des marchés financiers transmet au procureur de la république des rapports susceptibles de conduire au déclenchement de l'action publique. L'instruction des affaires financières peut aboutir au renvoi des prévenus devant les juridictions répressives. C'est ainsi que la chambre criminelle de la Cour de cassation a pu condamner⁵⁹² ou relaxer⁵⁹³ des banques poursuivies pour manipulation d'informations boursières. Les dirigeants d'établissements de crédit ont également été condamnés pour diverses infractions au nombre desquelles la diffusion d'informations fausses ou trompeuses. Il en a été ainsi du Crédit lyonnais⁵⁹⁴ (LCL) ou encore de la banque Pallas Stern⁵⁹⁵.

⁵⁹¹ D'après l'art L. 353-1 CMF, « Est puni de six mois d'emprisonnement et de 7 500 euros d'amende : 1° Le fait, pour toute personne, de se livrer à l'activité de démarchage bancaire ou financier définie à [l'article L. 341-1](#) sans avoir obtenu une carte de démarchage en cas d'activité réalisée dans les conditions de [l'article L. 341-8](#) ; 2° Le fait, pour toute personne se livrant à l'activité de démarchage bancaire ou financier dans les conditions définies au septième alinéa de l'article L. 341-1, de ne pas communiquer à la personne démarchée les informations et documents mentionnés à [l'article L. 341-12](#) et à l'avant-dernier alinéa de [l'article L. 341-6](#) ; 3° Le fait, pour toute personne se livrant à l'activité de démarchage bancaire ou financier définie à l'article L. 341-1, de ne pas respecter les règles relatives à la signature du contrat prévues à [l'article L. 341-14](#) ; 4° Le fait, pour toute personne se livrant à l'activité de démarchage bancaire ou financier définie à l'article L. 341-1, de ne pas permettre à la personne démarchée de bénéficier du délai de rétractation mentionné à l'article L. 341-16 sous réserve des dérogations prévues à cet article ; 5° Le fait, pour toute personne se livrant à l'activité de démarchage bancaire ou financier définie au deuxième alinéa de l'article L. 341-1, de recevoir des personnes démarchées des ordres ou des fonds en vue de la fourniture de services de réception-transmission et exécution d'ordres pour le compte de tiers mentionnés à [l'article L. 321-1](#), ou d'instruments financiers mentionnés à [l'article L. 211-1](#), avant l'expiration du délai de quarante-huit heures mentionné au IV de [l'article L. 341-16](#). ».

⁵⁹² Cass. crim. 28 janv. 2009, n° de pourvoi : 07-81674.

⁵⁹³ Cass. crim. 27 sept. 2006, n° de pourvoi : 06-81358.

⁵⁹⁴ Cass. crim. 17 mai 2006, n° de pourvoi : 05-81758.

⁵⁹⁵ Cass. crim. 4 nov. 2004, n° de pourvoi : 03-82777.

La diffusion de fausses informations boursières qui relève des atteintes à la transparence des marchés est en effet sanctionnée par le juge pénal. L'al. 2 de l'art. L. 465-2 CMF punit de deux ans d'emprisonnement et d'un montant d'amende minimal de 1 500 000 € « le fait, pour toute personnes, de répandre dans le public par des voies et moyens quelconques des informations fausses ou trompeuses sur les perspectives ou la situation d'un émetteur dont les titres sont négociés sur un marché réglementé ou sur les perspectives d'évolution d'un instrument financier admis sur un marché réglementé, de nature à agir sur les cours. ».

La chambre criminelle⁵⁹⁶ de la Cour de cassation a par ailleurs eu l'occasion de condamner le dirigeant d'un établissement de crédit effectuant des services d'investissement pour abus de confiance, abus de biens sociaux et banqueroute.

404. Il arrive également que des établissements de crédit soient victimes de délit d'initié et saisissent le juge pénal pour obtenir des sanctions pénales ainsi que la réparation du préjudice subi. Cette infraction est punie d'un an d'emprisonnement et d'une amende minimale de 150 000 €⁵⁹⁷. C'est ainsi qu'un dirigeant d'un fonds d'investissement, disposant d'informations privilégiées à la suite d'une collaboration avec la Société Générale avait acquis 95 000 titres émis par cette banque. La juridiction pénale⁵⁹⁸ a prononcé la condamnation du prévenu pour délit d'initié.

405. Le juge pénal intervient ainsi pour sanctionner les atteintes à certaines dispositions régissant aussi bien l'activité bancaire stricto sensu que celle liée aux services connexes d'intermédiation financière. Il est toutefois à noter qu'en dépit du contexte actuel marqué par une volonté de pénalisation accrue des rapports sociaux, le contentieux entre banques et clients est essentiellement civil. Les poursuites pénales des banques contre les clients sont en effet limitées, en grande partie du fait de la volonté du législateur, qui a choisi de conférer aux rapports avec banques et clients un caractère largement civil. L'évolution de la législation pénale en la matière s'oriente surtout vers une responsabilité accrue des établissements de crédit, ainsi que leurs dirigeants et préposés, en vue de faire régner l'ordre public économique. C'est certainement une des raisons de la faible place de l'arbitrage dans le contentieux impliquant les banques.

⁵⁹⁶ Cass. crim. 19 mars 2008, n° de pourvoi : 07-85182.

⁵⁹⁷ Art. L. 465-1 al. 2 et 3 CMF.

⁵⁹⁸ Cass. crim. 14 juin 2006, n° de pourvoi : 05-82453, publié au bulletin.

Chapitre 2 : LE FAIBLE RECOURS A L'ARBITRAGE

406. Bien que la jurisprudence de la Cour de cassation ne soit, selon l'expression de P. JESTAZ⁵⁹⁹ que « l'ombre portée du contentieux », et qu'elle en soit une ombre singulièrement déformée⁶⁰⁰, il est possible de se faire une idée du peu d'engouement des banques pour ce mode juridictionnel mais non judiciaire de règlement des litiges par une consultation sur la base Legifrance, des arrêts rendus en la matière par la Cour de cassation. Le croisement des termes « banque » et « clause compromissoire » donne seulement 23 arrêts, échelonnés entre 1963 et 2008. Les seuls cas où une banque recourt à l'arbitrage concernent soit des litiges internationaux (3 arrêts), soit des relations entre deux banques à l'occasion de prises de contrôle. De plus, les entretiens menés au cours de la recherche consacrée à la baisse du contentieux de l'impayé ont confirmé l'absence de recours à l'arbitrage dans le cadre de cette problématique. En effet, divers obstacles de droit ou de fait rendent l'arbitrage peu commode en matière de règlement du contentieux entre les banques et leur clientèle de consommateurs (Section 1). Par ailleurs, l'ouverture possible d'une procédure collective, même si elle ne porte pas atteinte à la compétence de l'arbitre peut retarder la délivrance d'un titre établissant la créance. Il s'agit donc d'une potentielle entrave au recours à l'arbitrage dans les rapports entre les banques et les entreprises (Section 2). Toutefois, l'arbitrage occupe une place résiduelle dans le cadre du contentieux bancaire (Section 3).

Section 1 : L'ARBITRAGE DANS LE CONTENTIEUX AVEC LES CONSOMMATEURS

407. Plusieurs textes législatifs et réglementaires semblent faire obstacle à l'intervention de l'arbitre dans cadre du contentieux impliquant des consommateurs, mais ces obstacles juridiques paraissent surmontables (§ 1). L'inadaptation de l'arbitrage en matière de règlement de l'impayé constitue quant à elle un frein majeur au recours des banques à l'arbitrage (§ 2).

⁵⁹⁹ P. Jestaz, la jurisprudence, ombre portée du contentieux, D. 1989, p. 148.

⁶⁰⁰ Sur ce point, E. Serverin, La jurisprudence en droit privé, PUL 1985.

§ 1- LES OBSTACLES DE DROIT

408. Après avoir brièvement exposé ces différents obstacles juridiques (A), on montrera qu'ils peuvent théoriquement être surmontés (B).

A- L'EXPOSE DES OBSTACLES JURIDIQUES

409. En droit de la consommation, on constate une certaine tradition étatique de réticence à l'égard de l'arbitrage. En effet, les opérations de consommation, qui prennent une place importante dans le cadre de l'activité bancaire, semblent par principe préservées de l'arbitrage depuis l'arrêt *Prunier*⁶⁰¹ de 1843 et son évolution législative ultérieure notamment au plan interne⁶⁰². Les raisons du faible recours à l'arbitrage se trouvent donc également dans les réticences expressément manifestées par le législateur vis-à-vis de ce mode de règlement des litiges en droit de la consommation. Ainsi, d'une part, l'art. 2061 du code civil issu de la loi sur les nouvelles régulations économiques du 15 mai 2001 pose la règle suivante : « sous réserve de dispositions législatives particulières, la clause compromissoire est valable dans les contrats conclus à raison d'une activité professionnelle. ». D'autre part, l'art. L. 132-1 C. consom⁶⁰³, issu de la loi du 1^{er} février 1995 qui transposait en droit interne la directive n° 93/13/CE du 5 avril 1993 « relative aux clauses abusives dans les contrats conclus avec les

⁶⁰¹ Cass. civ. 10 juill. 1843, S. 1843, 1, p. 561, note Devilleneuve et concl. Contraires av. gén. Hello. On rappellera que sous la présidence de Portalis fils, la Haute juridiction a annulé une clause compromissoire dans un contrat d'assurance dommages en raison de la faiblesse supposée de l'une des parties à l'égard de l'autre.

⁶⁰² Toutefois, au plan international, la Cour de cassation a pu admettre la validité de la clause compromissoire en droit de la consommation, notamment dans l'arrêt *Jaguar*. Civ. 1^{re}, 21 mai 1997 : Rev. arb., 1997, 537, note E. Gaillard. La Haute juridiction a décidé que dans de tels litiges, seule la sentence pouvait éventuellement être censurée, au cas où elle porterait atteinte à l'ordre public international français. La jurisprudence décide en effet que l'art. 2061 C. civ. n'est pas applicable dans l'ordre international : Civ. 1^{re}, 5 janvier 1999 : Bull. civ. I, n° 2 ; D. Affaires 1999, 474, obs. X. D. Civ. 1^{re}, 28 janv. 2003 : Bull. civ. I, n° 21. Dans cet arrêt de 2003, il a été jugé que dès lors qu'a été retenu le caractère international de l'opération économique litigieuse, il importe peu que l'une des parties ne fût pas commerçante ; en l'absence de nullité manifeste, en application de la clause compromissoire. Dans le même sens, la jurisprudence décide qu'en l'absence de nullité manifeste, la clause compromissoire s'applique à un non-commerçant du fait de l'indépendance de cette clause en droit international : Civ. 1^{re}, 30 mars 2004 : Bull. civ. I, n° 97 ; D. 2004, 2458, note Najjar ; D. 2005, pan. 3053, obs. Clay ; RTD com. 2004, 447, obs. Loquin.

⁶⁰³ Cette disposition a été modifiée par la loi du 1^{er} juillet 2010 (art. 62). Le texte modifié est le suivant :

consommateurs » prévoit qu'un décret détermine une liste des clauses présumées abusives. Au nombre des celles-ci, figurent les clauses ayant pour objet ou pour effet de « 10° supprimer ou entraver l'exercice d'actions en justice ou des voies de recours par le consommateur, notamment en obligeant le consommateur à saisir exclusivement une juridiction d'arbitrage non couverte par des dispositions légales ou à passer exclusivement par un mode alternatif de règlement des litiges. »⁶⁰⁴.

410. Le droit communautaire et le droit national ne semblent donc pas favorables aux clauses prévoyant un recours obligatoire aux modes alternatifs de règlement des litiges dans le cadre des opérations de consommation. En effet, avant la Directive de 1993 sus évoquée, la Commission nationale des clauses abusives avait recommandé en 1979 la prohibition des clauses constituant une renonciation anticipée au droit d'agir en justice, notamment celles par lesquelles « un non-professionnel ou consommateur s'oblige à recourir à la seule voie amiable pour régler un litige éventuel » ou « le recours à un arbitrage »⁶⁰⁵. Ces clauses sont aujourd'hui réputées non écrites, et le juge national a le pouvoir de relever d'office leur caractère abusif. Les contrats internes conclus entre les banques et leurs clients consommateurs (emprunteurs cautions ou investisseurs notamment) ne peuvent donc valablement comporter des clauses compromissaires.

Article L132-1 C. consom. : « Dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat. Un décret en Conseil d'Etat, pris après avis de la commission instituée à l'article L. 534-1, détermine une liste de clauses présumées abusives ; en cas de litige concernant un contrat comportant une telle clause, le professionnel doit apporter la preuve du caractère non abusif de la clause litigieuse. Un décret pris dans les mêmes conditions détermine des types de clauses qui, eu égard à la gravité des atteintes qu'elles portent à l'équilibre du contrat, doivent être regardées, de manière irréfragable, comme abusives au sens du premier alinéa. Ces dispositions sont applicables quels que soient la forme ou le support du contrat. Il en est ainsi notamment des bons de commande, factures, bons de garantie, bordereaux ou bons de livraison, billets ou tickets, contenant des stipulations négociées librement ou non ou des références à des conditions générales préétablies. Sans préjudice des règles d'interprétation prévues aux [articles 1156 à 1161, 1163 et 1164](#) du code civil, le caractère abusif d'une clause s'apprécie en se référant, au moment de la conclusion du contrat, à toutes les circonstances qui entourent sa conclusion, de même qu'à toutes les autres clauses du contrat. Il s'apprécie également au regard de celles contenues dans un autre contrat lorsque la conclusion ou l'exécution de ces deux contrats dépendent juridiquement l'une de l'autre. Les clauses abusives sont réputées non écrites. L'appréciation du caractère abusif des clauses au sens du premier alinéa ne porte ni sur la définition de l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix ou de la rémunération au bien vendu ou au service offert pour autant que les clauses soient rédigées de façon claire et compréhensible. Le contrat restera applicable dans toutes ses dispositions autres que celles jugées abusives s'il peut subsister sans lesdites clauses. Les dispositions du présent article sont d'ordre public. ».

⁶⁰⁴ Art. R. 132-2 C. consom. issu du décret n° 2009-302 du 18 mars 2009 (JO 20 mars 2009) modifiant les art. R. 132-1 à R. 132-2-1 C. consom.

⁶⁰⁵ Recomm. Comm. Cl. Abusives n° 79-02, 30 janvier 1979, BOCC 13 juin 1979.

Sur un plan plus spécifique, le code de la consommation confère, on l'a vu, une compétence exclusive au tribunal d'instance notamment dans le cadre des litiges liés au crédit à la consommation (art. L. 311-37).

Par ailleurs, il paraît difficilement concevable qu'un Etat confie la sanction des infractions pénales à un système juridictionnel privé. La matière pénale, parfois rattachée au droit public du fait de la contrainte étatique qui l'imprègne échappe par principe à la compétence de l'arbitre. Comme le note P. ANCEL, « les juridictions répressives ont ici une compétence impérative excluant non seulement celle des autres juridictions étatiques mais aussi celle des juridictions privées⁶⁰⁶. »⁶⁰⁷.

On peut toutefois se demander si les matières relevant du droit de la consommation, voire du droit pénal, matières empreintes d'ordre public sont pour autant inarbitrables.

B- LES POSSIBILITES THEORIQUES D'ARBITRABILITE

411. Il est acquis de nos jours que le seul fait qu'un litige porte sur une matière intéressant l'ordre public n'exclut pas en soi son arbitrabilité. Dans les années 1950 déjà, l'arrêt Tissot⁶⁰⁸ inaugurerait une jurisprudence favorable à l'extension de l'arbitrabilité aux matières intéressant l'ordre public. Cet arrêt était en phase avec la doctrine⁶⁰⁹ dominante sur la question. Aujourd'hui, il est évident que les litiges relevant du droit de la consommation, droit empreint d'ordre public ne sont pas par essence inarbitrables. De façon plus spécifique, le législateur pose des règles d'ordre public juridictionnel en droit de la consommation et l'on peut s'interroger sur les hypothèses et solutions envisageables en ce qui concerne l'arbitrabilité des litiges relatifs à ce droit (1), avant d'aborder l'exception à l'inarbitrabilité de la matière pénale (2).

⁶⁰⁶ Dans ce sens de Boisseson, Le droit français de l'arbitrage : Juris-dict. Joly 1983, n° 33, cité par P. Ancel.

⁶⁰⁷ P. Ancel, « Arbitrage », J.-Cl. Proc. Civ., Fasc. 1024, n° 51.

⁶⁰⁸ Com. 28 nov. 1950, Bull. Civ. III, n° 355; D. 1951, 170; S. 1951, 120, note Robert; Gaz. Pal. 1951, 1, 80.

⁶⁰⁹ P. Hébraud, RTD civ. 1951, p. 106 ; H. Motulsky, JCP 55, II, 8483 ; 55, II, 8566 ; 56, II, 9079 ; 56, II, 9419.

1- Les hypothèses et solutions envisageables

412. On évoquera ici les questions liées à la validité d'une clause compromissoire en matière de litiges internationaux de la consommation (a), à la validité du compromis (b), ainsi que l'hypothèse d'une clause compromissoire optionnelle (c).

a) La validité d'une clause compromissoire pour les litiges internationaux de consommation

413. S'il est clair qu'en droit interne, l'arbitre ne peut valablement statuer sur la base d'une clause compromissoire, en droit international de la consommation en revanche, la Cour de cassation a admis la validité de cette clause. Par conséquent, l'arbitre international est en principe compétent pour connaître des litiges impliquant des consommateurs. La Haute juridiction a en effet jugé que l'art. 2061 C. civ. est sans application dans l'ordre international⁶¹⁰. La Cour de cassation a également posé le principe de la validité d'une clause d'arbitrage insérée dans un contrat conclu entre des parties de nationalité française, dont un non-commerçant, du fait du caractère international des opérations concernées⁶¹¹. Cette position a été ultérieurement confirmée, les juges suprêmes décidant que dès lors qu'a été retenu le caractère international de l'opération économique litigieuse, il importe peu que l'une des parties ne fût pas commerçante⁶¹². C'est ainsi qu'en l'absence de nullité manifeste, la clause compromissoire doit recevoir application, en vertu de l'indépendance d'une telle clause en droit international, sous la seule réserve de l'ordre public international⁶¹³. Les banques et leurs clients consommateurs peuvent donc insérer des clauses compromissoires dans les contrats internationaux les liant.

⁶¹⁰ Civ. 1^{re}, 5 janv. 1999. Bull. civ. I, n° 2 ; D. Affaires 1999. 474, obs. X. D. ; Rev. crit. DIP 1999. 546, note Bureau. Plus récemment, Civ. 1^{re}, 12 mai 2010, n° 09-11872.

⁶¹¹ Civ. 1^{re}, 28 janv. 2003 : Bull. civ. I, n° 21.

⁶¹² Civ. 1^{re}, 30 mars 2004 : Bull. civ. I, n° 97 ; D. 2004. 2458, note Najjar ; D. 2005. pan. 3053, obs. Clay ; RTD com. 2004. 447, obs. Loquin.

⁶¹³ On rappellera que cet ordre public international repose notamment sur la prohibition de la corruption, et la protection du patrimoine de l'humanité.

b) Le recours possible au compromis

414. Un arrêt récent de la Cour de cassation confirme la validité du compromis dans les rapports de consommation. La Haute juridiction a en effet jugé que « le compromis d'arbitrage signé, hors toute clause compromissoire insérée à la police d'assurance, entre l'assureur et l'assuré après la naissance d'un litige, ne constitue pas une clause figurant dans un contrat conclu entre un professionnel et un non-professionnel ou consommateur, et n'est donc pas susceptible de présenter un caractère abusif au sens du texte visé au moyen (art. L. 132-1 C. consom.) »⁶¹⁴. Cette solution est transposable à la matière bancaire. Le compromis, convention d'arbitrage conclue après la naissance du litige n'est donc pas une clause abusive ; elle est par conséquent valable dans les rapports entre professionnels et consommateurs. L'objectif de l'art. L. 132-1 C. consom. (art. R. 132-2, 10°) semble en effet d'éviter de fermer au consommateur la voie de l'accès au juge, en lui laissant le choix de saisir le juge étatique. La directive de 1993 qui fonde ce texte avait notamment pour but de faciliter l'accès des consommateurs à la justice. Le consommateur qui décide après la naissance du litige de renoncer au juge étatique ne saurait donc être protégé par la législation relative aux clauses abusives.

c) L'hypothèse des clauses compromissoires optionnelles

415. En se situant sur le terrain de l'art. L. 132-1 C. consom. et sur celui de l'art. R. 132-2 (10°), la question se pose de savoir si le recours à l'arbitrage par le consommateur à travers une clause compromissoire optionnelle⁶¹⁵ retire à la clause son caractère abusif. Autrement dit, peut-on valablement prévoir une clause compromissoire optionnelle dans des rapports de consommation ? Par ce type de clause, les parties s'offrent la possibilité de soumettre les litiges à venir à l'arbitrage ou à la juridiction étatique. Le choix de l'une ou de

⁶¹⁴ Civ. 1^{re}, 25 févr. 2010, n° de pourvoi : 09-12126, publié au bulletin.

⁶¹⁵ Pour un exemple de ce type de clause : Civ. 1^{re}, 30 oct. 2006, n° 04-15.512. Dans cette affaire opposant deux entreprises, la Haute juridiction retient que : « procédant à l'interprétation de la clause litigieuse que son imprécision rendait nécessaire, la cour d'appel a souverainement retenu que cette clause n'obligeait aucunement les parties à se soumettre à un arbitrage en cas de différend, de sorte qu'elle ne constituait pas une convention d'arbitrage susceptible de renonciation de la part des parties. »

l'autre instance juridictionnelle devant en principe se faire d'un commun accord une fois le litige né. Mais l'arbitre et le juge étatique peuvent-ils potentiellement être concurrents quant à la connaissance d'un même litige de la consommation ? La lettre du point 10° de la liste des clauses abusives semble admettre l'éventualité de ce type de clause, dans la mesure où la saisine de l'arbitre par le consommateur serait facultative (et non exclusive) en pareil cas. Un auteur a toutefois noté à ce propos que la clause compromissoire optionnelle est un « mécanisme inédit – et pour tout dire impropre car l'arbitrage n'est possible que s'il est contraignant... »⁶¹⁶. On peut cependant relever que la saisine d'un arbitre sur le fondement d'une telle clause (qui semble être l'expression de la liberté contractuelle) ne peut valablement se faire que par confirmation écrite du recours des parties à l'arbitrage, une fois le litige né. La clause compromissoire optionnelle se transformerait ainsi en compromis.

416. L'hypothèse de saisine du juge étatique par l'une des parties dans le cadre d'une clause compromissoire optionnelle doit également être envisagée. Ce juge est en principe compétent pour trancher le litige, car il est le juge attitré du consommateur. Au cas où le consommateur est demandeur, on peut considérer qu'en choisissant de saisir le juge étatique, il renonce à la possibilité d'un arbitrage que lui offre la clause compromissoire optionnelle. On excepte ici l'hypothèse où le consommateur accepte de renoncer au juge étatique, suite à une exception soulevée par la banque en position de défendeur, exception à laquelle souscrit le consommateur. Dans ce cas, le consommateur manifesterait son option pour l'arbitrage.

Dans l'hypothèse où le consommateur est défendeur, la saisine de la juridiction étatique par la banque conduit à penser que cette dernière s'abstient de tout recours à l'arbitrage. En l'absence d'une exception d'incompétence soulevée par le consommateur, le juge étatique doit pouvoir juger le litige. Mais même en cas d'exception d'incompétence soulevée par le consommateur, le juge étatique reste compétent pour juger le litige. Il ne pourrait se déclarer incompétent que si les deux parties manifestent leur refus de la juridiction étatique. Or, en saisissant cette juridiction, le cocontractant semble montrer sa volonté d'éviter l'arbitrage, et par conséquent d'opter pour la juridiction étatique.

2- L'exception en matière pénale : la possibilité d'un règlement arbitral des intérêts civils

⁶¹⁶ T. Clay, JCP G n° 14, 4 avril 2007, I, 139.

417. L'incompétence de l'arbitre en matière pénale est certaine. Toutefois, la jurisprudence⁶¹⁷ a admis la possibilité pour l'auteur de l'infraction et la victime de recourir à l'arbitrage pour le règlement des intérêts civils. Il est donc possible que les établissements de crédit se retrouvent devant les arbitres pour régler les litiges civils naissant des infractions pénales. H. de Boissésou relève ainsi qu'«on peut cependant admettre que l'action civile puisse être soumise à l'arbitrage. Une partie a le droit, après avoir choisi la voie répressive, de saisir la voie civile : en conséquence, la convention par laquelle la victime se désiste de sa plainte et s'engage avec la partie poursuivie à soumettre le différend à un tribunal arbitral est valable. »⁶¹⁸. Les parties peuvent en effet avoir intérêt à décider de la réparation civile par un mécanisme rapide de règlement du litige, laissant éventuellement le soin au ministère public de poursuivre l'action publique. Ainsi, lorsque les banques sont parties civiles, elles peuvent vouloir obtenir une indemnisation rapide, grâce au recours à l'arbitrage. Mais il est également possible dans cette hypothèse qu'elles préfèrent poursuivre l'auteur de l'infraction devant le juge pénal, afin d'obtenir des décisions faisant jurisprudence. Le but ainsi visé peut être de dissuader les éventuels délinquants à travers des exemples de sanctions judiciaires.

Dans l'hypothèse où les banques sont en position de prévenus, elles auront logiquement intérêt à privilégier une solution conventionnelle pouvant passer par l'arbitrage, dans le cadre de la réparation civile du préjudice de la victime. Une publicité des décisions de condamnation des banques porterait en effet atteinte à leur image.

418. La solution posée par la jurisprudence admettant la réparation civile d'une infraction pénale par une instance arbitrale paraît appréciable, dans la mesure où elle fait la distinction entre l'intérêt général défendu devant le juge pénal par le parquet et échappant à toute arbitrabilité, et les intérêts particuliers qui peuvent être soumis aux arbitres. Les parties sont en effet libres de compromettre sur les droits dont elles ont la libre disposition, mais il appartient à l'Etat de sanctionner les atteintes aux règles qu'il considère comme impérieuses.

On le voit, les obstacles de droit à l'arbitrage en matière bancaire sont surmontables. Les raisons du faible recours à ce mode de règlement des litiges sont donc surtout à rechercher au niveau des obstacles de fait, l'arbitrage étant peu commode en matière de règlement de l'essentiel de ce contentieux.

⁶¹⁷ Cass. crim. 23 janv. 1947 : Gaz. Pal. 1947, I, 76. Paris 9 déc. 1955 : Rev. arb. 1955, p. 101.

⁶¹⁸ H. De Boissésou, préc. n° 33, p. 36.

§ 2- L'INADAPTATION DE L'ARBITRAGE AU CONTENTIEUX BANCAIRE

419. Le coût de l'arbitrage (A) et l'absence d'*imperium* de l'arbitre (B) rendent ce mode de règlement des litiges inadapté à une partie importante du contentieux bancaire. Les défauts de l'arbitrage prennent ici une acuité particulière.

A- L'OBSTACLE LIE AU COUT DE L'ARBITRAGE

420. Le coût de l'arbitrage ne constitue pas un facteur incitatif au recours à ce mode de règlement des litiges aussi bien pour les banques (1) que pour leurs clients (2).

1) Pour les banques

421. Si l'ordre public de protection pose des obstacles (surmontables) à l'arbitrabilité des litiges en droit de la consommation, la rareté des sentences arbitrales en cette matière s'explique en grande partie par des raisons économiques. En effet, le coût de l'arbitrage n'incite pas à y recourir dans le cadre des opérations de masse. Ch. JARROSSON note à propos de l'arbitrage qu'« en matière de litige de la consommation, le jeu n'en vaut pas la chandelle ». Cet auteur constate également « qu'il est très rare de trouver en pratique des clauses compromissoires dans les conditions générales de vente des professionnels s'adressant aux consommateurs alors qu'il est fréquent d'y trouver des clauses attributives de juridiction, encore que celles-ci soient prohibées par l'article 48 CPC, ce qui montre que la prohibition n'est pas dissuasive. Ce qui fait la différence, c'est que les premières coûtent, les autres non. »

⁶¹⁹. Le recours à l'arbitrage ne semble en effet pas approprié lorsqu'il s'agit de poursuivre une multitude de débiteurs défaillants. Le consommateur⁶²⁰ qui ne parvient plus à rembourser son

⁶¹⁹ Ch. Jarrosson, Rev. arb., 1996, 781.

⁶²⁰ Il est vrai que la notion de consommateur ne se limite pas aux personnes physiques, le législateur français utilisant également celle de non professionnel. Il va sans dire que le consommateur peut être une personne morale, qui conclut un contrat en dehors du cadre professionnel. La majorité de consommateurs est toutefois constituée de personnes physiques.

crédit trouvera difficilement les moyens (et peut-être la volonté) de s'acquitter des honoraires d'un arbitre devant délivrer la sentence le condamnant à payer. Dans la plupart des cas, le débiteur ne paie pas sa dette non pas parce qu'il ne veut pas, mais parce qu'il ne peut pas, ce qui conduit le créancier à le contraindre à l'exécution en recherchant un titre exécutoire, dans les hypothèses où la négociation voire la médiation ont échoué. Dans un tel contexte, les banques devraient se retrouver seules à rémunérer les prestations des arbitres chargés de rendre les sentences synonymes de titres (non exécutoires) contre les débiteurs. En matière de pratique classique de l'arbitrage en effet, ce sont les parties en litige qui désignent et prennent conjointement en charge les honoraires de l'arbitre (ou des arbitres). Il est évident que dans un contexte de multiplication des impayés, la prise en charge des honoraires de nombreux arbitres devant à chaque fois délivrer les sentences viendra augmenter considérablement le montant des sommes dues aux banques. Or le créancier souhaite recouvrer sa créance en minimisant autant que possible les coûts liés au recouvrement. Comme nous l'avons affirmé plus haut, c'est surtout l'intérêt économique du créancier ou du demandeur qui le guide dans le choix du mode de règlement d'un litige. De ce point de vue, l'arbitrage ne présente pas d'intérêt en matière d'impayé bancaire pour les établissements de crédit.

422. Une autre solution permettant de s'assurer du paiement des honoraires de l'arbitre par le débiteur consisterait à inclure le coût de l'arbitrage dans celui des opérations bancaires, en prévision (ou en provision) d'une éventuelle saisine ultérieure de l'arbitre. Mais l'augmentation des frais bancaires⁶²¹ ou encore celle du coût du crédit en vue de financer des éventuelles procédures arbitrales ultérieures ne semble servir ni l'intérêt des banques dans un contexte fortement concurrentiel, ni bien évidemment celui des clients *a fortiori* consommateurs.

2) Pour les clients

⁶²¹ La tendance actuelle va plutôt vers une exigence de diminution de ces frais. En ce sens, Mme Christine LAGARDE, ministre de l'économie, a reçu le 8 juillet 2010 un rapport rédigé par MM. Georges Pauget, ancien directeur général du Crédit Agricole, et Emmanuel Constans, président du Comité Consultatif du Secteur Financier. Ce rapport comporte des propositions allant dans le sens d'une plus grande transparence des frais bancaires, et de nature à promouvoir plus de concurrence en la matière. L'objectif final est de parvenir à rendre ces frais plus justes et équilibrés. Ce rapport est accessible sur le site : www.minefe.gouv.fr/services/rap10/100708_rap_Pauget_Constans.pdf

423. Le coût de l'arbitrage est un facteur limitant considérablement le recours à ce mode privé de règlement des litiges pour la clientèle des banques, lorsque cette dernière est en position de demandeur. La justice étatique présente en effet l'avantage d'être gratuite, et offre par ailleurs aux plaideurs démunis une possibilité d'aide juridictionnelle qu'ils ne peuvent obtenir dans le cadre d'une procédure arbitrale. L'arbitrage ne présente sur ce point aucun avantage pour les clients. Ces derniers ont donc tout intérêt à privilégier la médiation (MURCEF ou AMF) gratuite pour eux, ou en cas d'échec de la médiation la justice étatique. En effet, pour les demandes d'un montant peu élevé, la saisine d'une juridiction de proximité par exemple est simple, et ne nécessite pas la présence d'un avocat. Le client peut ainsi défendre sa prétention sans assistance, lorsque le litige relève de la compétence de cette juridiction. Son choix se portera ainsi sur un juge rémunéré par le contribuable et non par le justiciable, en dépit de la lenteur de la justice étatique à rendre les décisions. Des craintes ont également été émises qu'en raison du coût de l'arbitrage, l'éventualité de cette procédure conduise le client à renoncer à faire valoir ses droits, ce qui aboutirait à un déni de justice. D'où l'importance de la médiation institutionnelle (loi MURCEF, médiation de l'AMF), pour pallier cet inconvénient.

En outre, bien que des auteurs aient soutenu que « la justice est faite pour les grands procès, elle n'est pas adaptée aux petits litiges »⁶²², le coût de l'arbitrage peut conduire le consommateur (emprunteur, caution, investisseur) à s'accommoder aux inconvénients de la justice étatique, lorsqu'il n'a pas pu trouver une solution au litige par la voie de la médiation.

424. J. CALAIS-AULOY et F. STEINMETZ relèvent par ailleurs des obstacles psychologiques que rencontre le consommateur à la porte du tribunal, notamment « la difficulté de savoir à qui s'adresser, la complexité de la procédure, l'ésotérisme du langage juridique, l'architecture du palais de justice jusqu'à la robe des magistrats et des avocats, tout cela fait naître chez le simple citoyen le sentiment que la justice est un monde à part où il vaut mieux ne pas s'aventurer. ». Ces obstacles psychologiques le guideront plutôt vers la médiation bancaire, préférée à une procédure arbitrale. Cette dernière, bien que rapide, a en effet un coût qui n'est pas à la portée de la plupart des consommateurs. E. LOQUIN a toutefois relevé que « la création d'institutions spécialisées dans l'arbitrage du droit de la consommation permettrait de tarifier les prestations des arbitres et rendre l'arbitrage financièrement accessible aux consommateurs. »⁶²³. Si cette proposition peut être très

⁶²² J. Calais-Auloy, F. Steinmetz, *Droit de la consommation*, Dalloz, 4^e éd. 1996, p. 431.

⁶²³ E. Loquin, in *vers un code européen de la consommation* (sous la direction de F. Osman), p. 377.

bénéfique dans le cadre des contrats de distribution, sa portée paraît pouvoir être nuancée en matière bancaire, la mise en place par le législateur en 2001 d'un système gratuit de médiation institutionnelle offrant aux consommateurs un mode alternatif gratuit de règlement des litiges.

B- L'ABSENCE D'IMPERIUM

425. Statuant non pas au nom du peuple français, mais au nom de l'acte de mission découlant de la convention d'arbitrage, l'arbitre ne peut pas délivrer un titre exécutoire. Il dispose de la *juridictio* mais est privé de l'*imperium*. Par conséquent, le créancier qui le saisit devra de nouveau recourir au juge étatique afin d'obtenir l'*exequatur* de la sentence dans le cadre de l'art. 1477 CPC⁶²⁴, à moins que le débiteur exécute spontanément. On sait que cet *exequatur* se fait après un contrôle formel de la sentence, ce qui rallonge pour le créancier le délai d'obtention du titre exécutoire, et partant le délai de recouvrement de sa créance. Or, l'intérêt du créancier est de recouvrer sa créance au plus vite, afin d'éviter que se dégrade éventuellement la situation du débiteur, et qu'ainsi soient davantage compromises ses chances de recouvrement. Il n'est pas exclu que pendant ce délai, le débiteur se déleste de tout ou partie de son patrimoine, dans le but de le faire échapper aux poursuites, ce qui compromettrait les chances de recouvrement du créancier. La loi confère dans cette hypothèse au créancier l'action paulienne (art. 1167 C. civ.) afin de remettre en cause ces actes. Le créancier pourra également recourir à l'action oblique (art. 1166 C. civ.), si le débiteur néglige d'exercer ses droits. Il est clair que l'arbitre procurera difficilement satisfaction au créancier dans le cadre de ces actions dès lors qu'il ne peut imposer la solution au litige.

Par ailleurs, le débiteur peut être placé sous un régime de protection (surendettement) qui influe de façon déterminante sur le recouvrement de la créance, notamment par le biais de la suspension des procédures civiles d'exécution. Il paraît donc intéressant au créancier d'obtenir rapidement un titre exécutoire, afin de mettre en œuvre les procédures civiles d'exécution, avant une éventuelle mise du débiteur sous un régime de protection. Mais en

⁶²⁴ Conformément à l'art. 1477 CPC, « la sentence arbitrale n'est susceptible d'exécution forcée qu'en vertu d'une décision d'exequatur émanant du tribunal de grande instance dans le ressort duquel la sentence a été rendue. A cet effet, la minute de la sentence accompagnée d'un exemplaire de la convention d'arbitrage est déposée par l'un des arbitres ou par la partie la plus diligente au secrétariat de la juridiction. ».

amont, le créancier peut également avoir intérêt à recourir à des procédures conservatoires dans le but de préserver ses chances de recouvrement. Le juge étatique offre dans cette perspective un avantage important, puisque sa décision est exécutoire.

426. La question se pose en outre de savoir si l'arbitre peut prendre des mesures conservatoires. La réponse de principe est donnée par l'art. 211 de la loi du 9 juillet 1991 portant procédures civiles d'exécution, « le juge compétent pour autoriser une mesure conservatoire est le juge de l'exécution du lieu où demeure le débiteur. (...) Toute clause contraire est réputée non avenue. Le juge saisi doit relever d'office son incompétence. ». Il va sans dire que même en présence d'une convention d'arbitrage, le demandeur doit saisir le juge étatique afin d'obtenir une mesure conservatoire. Mais l'arbitre, doté d'un pouvoir juridictionnel, est compétent pour prendre des mesures conservatoires, dès lors que le tribunal arbitral est constitué. Il en est ainsi en matière de référés⁶²⁵, bien que la compétence du juge des référés soit d'ordre public. Toutefois, les formalités de constitution du tribunal arbitral ne sont pas toujours simples, et peuvent contraindre le demandeur à recourir au juge étatique, afin d'obtenir satisfaction. La question se pose dès lors de savoir pourquoi prévoir le recours à un arbitre qui ne pourra pas nécessairement intervenir en cas d'urgence. La jurisprudence précise tout de même que la procédure permettant d'obtenir un titre exécutoire doit être engagée devant le tribunal arbitral, lorsque le juge étatique a accordé une mesure conservatoire tendant à garantir l'exécution d'une sentence arbitrale à intervenir⁶²⁶.

Une convention d'arbitrage ne dispense donc pas les parties de saisir le juge étatique en vue d'obtenir des mesures conservatoires. L'arbitre ne présente pas un intérêt particulier en cette matière, dès lors que sa compétence peut être partagée avec le juge étatique dans le cadre de mesures conservatoires, même en présence d'une clause compromissoire.

L'arbitrage semble donc inadapté à la résolution des litiges de clientèle. Son coût et l'absence d'*imperium* de l'arbitre ne plaident pas en sa faveur, dans le recouvrement de l'impayé bancaire. Il en est de même en matière de gestion des moyens de paiement, les éventuelles actions en responsabilité des clients contre les banques n'étant pas nécessairement d'un montant pouvant justifier le recours à un tiers dont les honoraires sont pris en charge par les parties. C'est aussi le cas en ce qui concerne les actions en responsabilité des clients contre les banques en matière de services d'investissement.

⁶²⁵ Civ. 1re, 6 déc. 2005: Bull. Civ. I, n° 463; JCP 2006. IV. 1022

⁶²⁶ Com. 14 oct. 1997: Bull. civ. IV, n° 259; D. 1997. IR. 243; RG Proc. Coll. 1998. 536, obs. M.-C. Rivier.

427. S'agissant des rapports entre les banques et leur clientèle professionnelle, on aurait pu penser que le recours aux clauses compromissoires pourrait avoir un effet dissuasif sur la volonté de la clientèle à mettre en jeu la responsabilité des banques. Dans cette hypothèse, les clauses compromissoires insérées dans des contrats d'adhésion prévoieraient qu'elles s'appliquent uniquement en cas d'action en responsabilité. Le coût de l'arbitrage pour le client pourrait être de nature à ne pas l'inciter à recourir à ce mode de règlement des litiges, dès lors qu'en outre, il n'est pas certain que son action sera couronnée de succès. Il s'agirait ainsi d'une technique procédurale susceptible de limiter les actions en responsabilité des entreprises contre les établissements de crédit.

On doit toutefois concéder qu'une éventuelle disjonction de procédure (judiciaire et arbitrale) en cas de demande reconventionnelle du client poursuivi en paiement par la banque est susceptible de retarder la délivrance du titre exécutoire. Cet argument peut contribuer à expliquer la quasi inexistence des clauses compromissoires dans les rapports des banques avec leur clientèle professionnelle. Cela s'inscrit certainement dans le cadre d'une absence de tradition de l'arbitrage dans les relations bancaires de clientèle. En ce sens, l'éventualité de l'ouverture des procédures collectives constitue un frein psychologique supplémentaire au recours à l'arbitrage.

Section 2: L'ARBITRAGE DANS LE CONTENTIEUX AVEC LES ENTREPRISES

428. Si l'article 2061 C.civ. et l'art. L. 132-1 C. consom. [art. R. 132-2 (10°) C. consom.] expriment la réticence du législateur vis-à-vis de l'arbitrage dans les contrats de consommation, ce qui est une raison valable expliquant l'absence de clauses compromissoires dans les conventions passées entre les banques et leurs clients consommateurs, on peut s'interroger sur la rareté de ces clauses dans les contrats liant les banques aux professionnels en ce qui concerne les rapports habituels de clientèle. De façon sous-jacente à cette question, apparaît nécessairement le débat sur l'incidence d'une procédure collective en matière d'arbitrage, puisqu'un client professionnel, devenu insolvable peut solliciter ou être contraint à subir l'ouverture d'une procédure collective. Quel serait le sort réservé à la convention d'arbitrage en pareil cas ?

429. Les procédures collectives sont empreintes d'un certain nombre de dispositions d'ordre public, car elles visent à protéger l'intérêt général qui se matérialise par la recherche de la sauvegarde de l'entreprise, le maintien de l'activité et de l'emploi, l'apurement du passif (qui suppose la prise en compte de la masse des créanciers).

En revanche, l'arbitrage vise essentiellement la protection d'intérêts privés, qui s'affrontent devant un arbitre chargé de trancher le litige, dans le cadre de la mission à lui confiée par les contractants. Par conséquent, on pourrait *a priori* penser que l'ouverture d'une procédure collective est de nature à priver l'arbitre du pouvoir de connaître des litiges mettant en cause une partie connaissant des difficultés de paiement ; l'intérêt général devant l'emporter sur des intérêts particuliers. Or, lorsqu'on y regarde de près, on s'aperçoit que ni le droit de l'arbitrage (contenu en grande partie dans le Nouveau code de procédure civile) ni celui des procédures collectives (puisé dans le code de commerce) ne déclarent l'arbitre incompetent lorsque s'ouvre une procédure collective. L'arrêt *Almira Films c. Pierrel* du 16 février 1989⁶²⁷ a ainsi admis la possibilité pour l'arbitre de se prononcer sur des litiges mettant en cause des règles du droit des procédures collectives.

430. Toutefois, l'ordre public qui régit les procédures collectives implique qu'une instance arbitrale engagée en tienne compte. A titre d'exemple, la Cour de cassation a dégagé dès la fin du XIXe siècle la règle selon laquelle « les contestations nées de la procédure collective, ou sur lesquelles cette procédure exerce une influence juridique »⁶²⁸ relèvent de la compétence exclusive du tribunal de la faillite. La solution paraît logique, dans la mesure où il existe un juge spécial de la procédure collective, chargé de centraliser toutes les actions y afférentes (logique de bonne administration de la justice). Au-delà de cette règle, on constate que l'ouverture d'une procédure collective ne paraît pas remettre en cause la compétence de l'arbitre (§ 1), mais elle exerce une incidence sur le déroulement de l'instance arbitrale (§ 2).

§ 1- L'INCIDENCE DE L'OUVERTURE D'UNE PROCEDURE COLLECTIVE SUR LA COMPETENCE DE L'ARBITRE

⁶²⁷ Cet arrêt relève que : « l'arbitrabilité d'un litige au regard de l'ordre public ne doit pas s'entendre de l'interdiction faite aux arbitres d'appliquer des dispositions impératives, mais seulement de statuer dans une matière relevant par sa nature de la compétence exclusive de la juridiction étatique ou de consacrer par leur décision une violation de l'ordre public ». Rev. arb., 1989. 711, note L. Idot. Cf. également : Civ. 1^{re}, 5 fév. 1991, Rev. arb. 1991. 625, note L. Idot, Paris, 20 janv. 1989, Soc. Phocéenne de Dépôts, Rev. arb., 1989. 280, note L. Idot.

⁶²⁸ Cass. Req., 29 octobre 1888, D. P., 1889. 1. 13 ; formule reprise par Cass. com., 8 juin 1993, Bull. civ. IV, n° 233.

431. Il y a lieu de distinguer deux hypothèses : celle où l'arbitre est déjà saisi lorsque le jugement d'ouverture est prononcé (A), et celle où l'instance arbitrale n'est pas en cours au jour du jugement d'ouverture (B).

A- L'INSTANCE ARBITRALE EST EN COURS AU JOUR DU JUGEMENT D'OUVERTURE

432. Aussi bien le droit de l'arbitrage que celui des procédures collectives reconnaissent la compétence de l'arbitre.

1) La compétence de l'arbitre reconnue par le droit de l'arbitrage

433. Le code de procédure civile pose une règle d'ordre public d'après laquelle l'arbitre est seul juge de sa compétence. En effet, d'après l'article 1458 de ce code, « Lorsqu'un litige dont un tribunal arbitral est saisi en vertu d'une convention d'arbitrage est porté devant une juridiction de l'Etat, celle-ci doit se déclarer incompétente (...) ». Dès lors que le législateur admet l'existence de mécanismes privés de règlement des litiges, et que les contractants choisissent d'y recourir, leur volonté doit en principe être respectée. L'arbitre dispose ainsi d'un pouvoir juridictionnel qui lui permet d'apprécier sa propre compétence au regard d'un litige. L'art. 1458 CPC consacre ainsi l'arbitrage comme un mode autonome de règlement des litiges. L'arbitre statue toutefois sous le contrôle du juge étatique, chargé de s'assurer du respect par lui de l'ordre public interne et international.

L'article 1466 du même code dispose : « si, devant l'arbitre, l'une des parties conteste dans son principe, ou son étendue le pouvoir juridictionnel de l'arbitre, il appartient à celui-ci de statuer sur la validité ou les limites de son investiture. ». L'on déduit de ces textes que la question de la compétence de l'arbitre doit en principe être tranchée par lui. Ainsi, lorsque le jugement d'ouverture est prononcé pendant que se déroule l'instance arbitrale, il revient à l'arbitre de dire s'il continue d'être compétent et s'il doit poursuivre ou non sa mission. Ce n'est donc pas au juge de la procédure collective de décider de la question de la compétence d'un arbitre statuant sur la base d'une convention d'arbitrage lui conférant son ordre de

mission. En cas de contestation, la question de la compétence devra par conséquent être tranchée par l'arbitre, qui décidera si la connaissance du litige lui incombe. Un litige ne devient donc pas inarbitrable au jour du jugement d'ouverture.

2) La compétence de l'arbitre ménagée par le droit des procédures collectives

434. L'interprétation du droit des procédures collectives en matière d'instance en cours confirme également le principe de compétence de l'arbitre saisi d'un litige mettant en cause une partie en faillite. Ainsi, conformément à l'article L. 622-22 du code de commerce :

« (...) Les instances en cours sont interrompues jusqu'à ce que le créancier poursuivant ait procédé à la déclaration de sa créance. Elles sont alors reprises de plein droit, le mandataire judiciaire et, le cas échéant, l'administrateur ou le commissaire à l'exécution du plan nommé en application de l'article L. 626-25 dûment appelés, mais tendent uniquement à la constatation des créances et à la fixation de leur montant. ».

Le droit des procédures collectives institue un mécanisme d'interruption des instances en cours, afin que les créanciers puissent mettre à profit cette période, pour procéder à la déclaration de leurs créances. Le texte ne précise pas s'il s'agit d'instances étatiques ou d'instances arbitrales. Par conséquent, il devrait s'agir de toutes les instances. En effet, si la suspension ne devait concerner qu'un type particulier d'instance, le législateur l'aurait très probablement précisé. L'arbitrage est en effet un mode de règlement des litiges courant dans le cadre des relations commerciales internationales, et le juge national saisi d'un litige international relatif aux procédures collectives est amené à appliquer les règles du code de commerce en la matière. Ce constat conduit à penser que les instances visées l'art. L. 622-22 C. com. sont aussi bien étatiques qu'arbitrales, le législateur français étant par ailleurs favorable à l'arbitrage dans les relations commerciales⁶²⁹. Il va sans dire que c'est en se fondant également sur le droit des procédures collectives (notamment l'art. L. 622-22 C. com.) que l'arbitre poursuivra sa mission, une fois la procédure de déclaration des créances achevée. Certains organes de la procédure devant dès lors intervenir à l'instance, afin de participer à la défense des intérêts du débiteur et de l'intérêt collectif des créanciers. Par conséquent, une instance arbitrale connaissant d'un litige opposant une banque à son

⁶²⁹ On citera à titre d'exemple l'art. L. 721-3 C. com portant sur la compétence des tribunaux de commerce, notamment son dernier alinéa : « (...) Toutefois, les parties peuvent, au moment où elles contractent, convenir de soumettre à l'arbitrage les contestations ci-dessus énumérées. ».

cocontractant devra se poursuivre, dès lors que la banque aura procédé à la déclaration de sa créance.

435. Toutefois, l'arbitre ne pourra pas prononcer la condamnation du débiteur admis à la procédure collective. Il se contentera de constater l'existence de la créance et d'en fixer le montant. La loi interdit en effet la condamnation du débiteur dans ce cas, ce qui laisse apparaître une des incidences de la procédure collective sur l'instance arbitrale.

B- L'INSTANCE ARBITRALE N'EST PAS EN COURS AU JOUR DU JUGEMENT D'OUVERTURE

436. L'arbitre est-il compétent à connaître d'un litige opposant une banque et son cocontractant lorsque sa saisine a lieu après le jugement d'ouverture de la procédure collective? La réponse paraît positive pour plusieurs raisons tenant aussi bien au droit commun qu'au droit spécial:

La compétence de l'arbitre se fonde avant tout en droit commun sur la volonté des parties et le principe de la force obligatoire des conventions posé par l'article 1134 C. civ. A ce titre, la convention d'arbitrage doit être exécutée, dès lors qu'elle est conforme à la loi, car faisant partie de l'accord des parties. Ainsi, une banque liée à un professionnel par un contrat contenant une clause compromissoire est fondée à mettre en application cette clause, et par conséquent à saisir l'arbitre, bien que le cocontractant soit admis à la procédure collective. La méfiance des banques à l'égard de l'arbitrage dans les opérations de clientèle ne saurait donc s'expliquer par la crainte que l'ouverture d'une procédure collective à l'encontre du cocontractant, entraînerait la paralysie de la clause compromissoire.

437. Par ailleurs, le droit spécial des procédures collectives ne prévoit pas une remise en cause de la compétence de l'arbitre du fait du jugement d'ouverture. Ainsi, conformément à l'art. L. 622-21 C. com., « I. – Le jugement d'ouverture interrompt ou interdit toute action en justice de la part de tous les créanciers dont la créance n'est pas mentionnée au I de l'article L. 622-17 et tendant :

1° A la condamnation du débiteur au paiement d'une somme d'argent ;

2° A la résolution d'un contrat pour défaut de paiement d'une somme d'argent... ».

Il va sans dire que le texte n'interdit que des catégories particulières d'action, ne remettant pas en cause le principe même de compétence de l'arbitre.

En outre, conformément à l'article L. 624-2 du code de commerce, « au vu des propositions du mandataire judiciaire, le juge-commissaire décide de l'admission ou du rejet des créances ou constate soit qu'une instance est en cours, soit que la contestation ne relève pas de sa compétence. ». On peut en déduire qu'en présence d'une créance comportant une clause compromissoire, et donnant lieu à contestation, le juge-commissaire devra se dessaisir et renvoyer la solution de cette contestation à l'arbitre. Le droit des procédures collectives ne fait donc pas obstacle à la compétence de l'arbitre. Par conséquent, il ne fait pas de doute que la clause compromissoire reste valable, bien qu'une des parties au contrat soit admise à la procédure collective.

Qu'en est-il lorsque l'instance arbitrale est en cours au jour du jugement d'ouverture ?

§ 2- LES INCIDENCES DE LA PROCEDURE COLLECTIVE SUR LE DEROULEMENT DE L'INSTANCE ARBITRALE

438. Le droit des procédures collectives comportant un certain nombre de dispositions d'ordre public, l'arbitre devra nécessairement en tenir compte, aussi bien lorsque l'instance arbitrale est en cours (A), que lorsque le tribunal arbitral n'est pas encore constitué au jour du jugement d'ouverture (B).

A- LORSQUE L'INSTANCE ARBITRALE EST EN COURS

439. On considère que l'instance arbitrale est en cours lorsque les arbitres ont tous accepté leur mission, même si l'acte de mission n'est pas encore signé, comme l'a précisé la 1^{ère} chambre civile de la cour de cassation dans un arrêt du 30 Mars 2004. Dans cette

hypothèse, l'article L 622-21 C.com. pose le principe de l'arrêt des poursuites individuelles érigé par la Cour de cassation en principe d'ordre public interne et international⁶³⁰. Par conséquent, l'arbitre saisi d'un litige impliquant une banque devra impérativement suspendre l'instance, au prononcé du jugement d'ouverture. Il ne s'agit que d'une suspension passagère, car l'instance suivra son cours dès la déclaration de sa créance par la banque. Au terme de l'instance, l'arbitre ne pourra cependant pas prononcer de condamnation du débiteur. Mais la banque-demanderesse aura tout de même un titre constatant l'existence de sa créance ainsi que son montant. Le paiement s'effectuera conformément aux règles de la procédure collective. La solution est donc la même que si la banque avait saisi une juridiction étatique, dans la mesure où cette dernière ne peut délivrer un titre exécutoire contre un débiteur professionnel placé sous ce régime de protection. Par conséquent, face à un débiteur admis à la procédure collective, les titres émis par l'arbitre ou par un juge étatique ont pratiquement la même valeur, puisqu'aucun des deux n'est exécutoire. La crainte des clauses compromissoires par les banques dans les rapports avec la clientèle professionnelle ne saurait donc s'expliquer par l'hypothèse de la survenance d'une procédure collective, puisque comme on l'a montré, le juge étatique ne présente pas d'avantage particulier dans ce cas.

Mais d'après la jurisprudence, il en va autrement lorsque l'instance arbitrale n'est pas en cours au jour du jugement d'ouverture.

B- LORSQUE LE TRIBUNAL ARBITRAL N'EST PAS ENCORE CONSTITUE

440. Dans un arrêt de la chambre commerciale en date du 2 Juin 2004 mettant en cause la société *Alsthom*⁶³¹, la Haute juridiction a posé la règle selon laquelle « le principe d'ordre

⁶³⁰ Civ. 1^{re}, 5 févr. 1991, Bull. civ. I, n° 44, p. 28; Rev. arb., 1991. 625 note L. Idot.

⁶³¹ Rev. arb. 2004. 593 note P. Ancel.

public de l'arrêt des poursuites individuelles interdit, après l'ouverture de la procédure collective, la saisine du tribunal arbitral par un créancier dont la créance a son origine antérieurement au jugement d'ouverture, sans qu'il se soit soumis au préalable à la procédure de vérification des créances (...). ». Par conséquent, il est interdit au juge étatique de prêter son concours aux opérations de constitution du tribunal arbitral dans cette hypothèse. Ainsi, en pareille circonstance, la banque - demanderesse devra se contenter de déclarer sa créance et attendre que le juge-commissaire en vérifie la régularité pour invoquer la clause compromissoire. Or cette opération de vérification des créances par le juge-commissaire peut prendre plusieurs mois, voire plusieurs années. Par conséquent, il faudra longtemps attendre la mise en place du tribunal arbitral, simplement parce que le jugement d'ouverture est intervenu antérieurement à la constitution de ce tribunal. La survenance de la procédure collective entraînera ainsi un retard important dans la constitution du tribunal arbitral. Cette solution dégagée par la Cour de cassation présente des inconvénients, en particulier pour un créancier qui, à l'instar d'une banque peut vouloir obtenir rapidement un titre constatant sa créance. En effet, conventionnel dans sa source, l'arbitrage est étroitement dépendant de la volonté des parties, et il appartient donc à chaque contractant de désigner son arbitre. Par conséquent, face à un débiteur peu enclin à se prêter avec diligence à cette formalité, la mise en place de l'arbitrage sera fortement compromise, si ce débiteur a été entre-temps placé sous le régime des procédures collectives. Le juge d'appui ne pourra pas jouer son rôle dans ce cas.

441. La saisine d'un juge étatique présente donc un avantage dans l'hypothèse ci-dessus exposée, dans la mesure où cette saisine n'est pas dépendante de la volonté du défendeur, qui ne pourra donc retarder la mise en place de la juridiction étatique. Par conséquent, on peut comprendre au vu de ces considérations, qu'une banque, qui a le souci de recouvrer rapidement son impayé, préfère recourir au juge étatique, qui lui assure une saisine plus rapide. L'on imagine les difficultés que connaîtraient les banques, si elles devaient faire face à des problèmes récurrents de mise en place des juridictions arbitrales, en présence des milliers de débiteurs peu pressés de participer à la constitution des juridictions arbitrales. Vivant du commerce de l'argent, l'ensemble du secteur bancaire serait bien fragilisé dans ce cas, si la mise en place des juridictions devant délivrer des titres était à chaque fois sujette à discussions. En effet, contrairement aux autres contractants du débiteur, les banques ne disposent pas de beaucoup d'autres moyens permettant de rentrer dans leurs droits que l'obtention d'un titre exécutoire facilitant le recouvrement de leurs créances. Les banques vendent un produit (l'argent) insusceptible de faire l'objet d'une réserve de propriété voire

d'un droit de rétention. Elles sont par conséquent largement tributaires du titre exécutoire. Pour un fournisseur par exemple, l'insertion d'une clause de réserve de propriété dans le contrat de vente est d'un secours indéniable, lorsque le cocontractant ne remplit pas ses obligations. Chaque partie utilise en effet les moyens efficaces lui permettant de pallier rapidement les risques de défaillance du cocontractant. Et l'on trouve dans cet argument l'une des principales raisons de la réticence des banques à utiliser des clauses compromissoires dans les opérations classiques de clientèle. Elles sont plus enclines à recourir à l'arbitrage dans les opérations qui n'ont pas de lien avec la clientèle interne, telles les cessions de parts sociales entre banques ou encore lorsqu'elles participent à des opérations de crédit comportant des éléments d'extranéité, voire dans le cadre de leurs activités boursières.

442. Par ailleurs, la solution dégagée par la cour de cassation dans l'arrêt *Alsthom* semble critiquable au vu de l'article L 622-21 C. com. En effet, cette disposition sur laquelle se fonde la Haute juridiction pour empêcher la mise en place du tribunal arbitral après l'ouverture de la procédure collective, concerne les actions en justice destinées à obtenir :

- La condamnation du débiteur au paiement d'une somme d'argent,
- la résolution du contrat pour défaut de paiement d'une somme d'argent.

A priori, cette règle ne semble pas s'opposer à ce qu'une juridiction puisse être saisie simplement dans le but de constater la créance de la banque, et d'en fixer le montant, dans le cadre d'une action déclaratoire. La chambre commerciale aurait donc pu permettre au créancier ayant au préalable déclaré sa créance de pouvoir exiger de son cocontractant la mise en oeuvre de la clause compromissoire (désignation de l'arbitre), afin que soit résolu le problème de la fixation du montant de la créance, au plus tôt. A notre sens, l'attente imposée au créancier par la vérification des créances par un juge-commissaire qui devra par la suite se déclarer incompétent ne se justifie pas. Elle engendre une perte inutile de temps qui met en cause la force obligatoire de la clause compromissoire. La tâche de vérification des créances par le juge-commissaire n'en sera que plus facilitée si ce dernier dispose d'un titre constatant le montant d'une des nombreuses créances auxquelles qui lui sont soumises. Par conséquent, la procédure collective y gagnerait en célérité. La banque - demanderesse y serait également gagnante, car elle disposerait d'un titre constatant sa créance. Les principaux perdants seraient les débiteurs de mauvaise foi, dont la justice doit décourager les manoeuvres dilatoires.

443. Si la Cour de cassation admettait cette solution, il y a de fortes chances que lors de la procédure de vérification des créances, l'on se retrouve dans la configuration suivante :

-Soit l'instance arbitrale est en cours, et elle se poursuit,

-Soit l'instance est achevée, et il existe une sentence arbitrale déclaratoire.

Le créancier pourra donc obtenir du débiteur en difficulté la désignation de son arbitre, pour une action dont l'objet est non pas de condamner le débiteur, mais uniquement de constater la créance et son montant, ce qui est en accord avec les dispositions des articles L. 622-21 et L. 624-2 C. com.

Cette architecture juridique pourrait-elle être de nature à réduire les craintes des banques vis-à-vis des clauses compromissoires dans les opérations internes de clientèle ? On peut *a priori* le penser dans la mesure où la mise en oeuvre de la clause compromissoire après le jugement d'ouverture ne serait plus entravée, et la force obligatoire de la convention des parties serait assurée, bien que l'un des contractants soit soumis à la procédure collective. Mais le problème de l'insolvabilité du débiteur se posera, lorsqu'il sera question de régler les honoraires de l'arbitre, qui pourrait ainsi faire partie de la masse des créanciers. Le client pourrait donc être à la fois débiteur de sa banque, et débiteur des arbitres, aggravant ainsi son insolvabilité, de même que les chances de recouvrement des créanciers.

La réticence des banques à l'égard de l'arbitrage dans les rapports avec la clientèle professionnelle trouve donc une de ses causes principales dans les risques d'insolvabilité de cette clientèle, ce mode de règlement des litiges semblant inadapté à résoudre des litiges nés de l'insolvabilité d'une des parties.

Mais l'arbitrage occupe tout de même une place résiduelle en matière de contentieux bancaire.

Section 3 : LA PLACE RESIDUELLE DE L'ARBITRAGE DANS LE CONTENTIEUX BANCAIRE

444. Au nombre des rares cas de conventions d'arbitrage rencontrées en matière de relations entre banques et clients, on peut citer celle ayant donné lieu à l'arrêt de rejet de la chambre commerciale de la Cour de cassation le 1^{er} juillet 1963⁶³². Une clause compromissoire avait été conclue en 1933 entre une entreprise et la société belge de banque dans le cadre d'une convention aménageant le règlement de la dette de l'entreprise, et prévoyant la constitution de gages. Un compromis a été signé 25 ans plus tard entre les parties en 1958 à l'occasion d'un litige relatif à la réalisation des gages consentis en 1933 par le débiteur à la banque. L'entreprise avait été entre-temps mise en faillite en 1936. La faillite a été clôturée en 1937 pour insuffisances d'actifs, puis rouverte en 1960. L'entreprise sollicitait du juge l'annulation du compromis passé en 1958. Elle estimait notamment que ce compromis violait la compétence spéciale du tribunal de la faillite. Le contexte semble assez particulier et ancien, même si la question des rapports entre l'arbitrage et les procédures collectives garde toute son actualité.

Nous avons également pu trouver des clauses compromissoires lors de cessions de parts sociales entre banques⁶³³, ou encore au cours d'opérations bancaires internationales, notamment de crédit⁶³⁴. Dans ce dernier cas, l'absence de juridiction internationale de droit privé, et une meilleure adaptation de l'arbitrage aux besoins du commerce international sont parfois évoqués au nombre des raisons expliquant le recours à l'arbitrage dans le règlement des litiges internationaux⁶³⁵.

445. Mais parfois, l'arbitrage s'invite de façon « forcée » dans le contentieux bancaire. Le refus par les banques du maintien de la clause compromissoire en cas de cession de créances en constitue une illustration parfaite. En effet, la désaffection des banques envers l'arbitrage dans les opérations de clientèle se manifeste expressément par leur volonté de s'opposer à la transmission des clauses compromissoires lorsqu'elles acquièrent les créances contenant ces conventions d'arbitrage. Dans l'arrêt Worms⁶³⁶ par exemple, la banque refusait le principe de transmission de la clause compromissoire insérée dans une créance dont elle était cessionnaire à travers un « bordereau Dailly ». Elle contestait donc l'arrêt de la cour d'appel d'Aix-en-Provence déclarant le tribunal de commerce de Marseille incompétent pour statuer sur sa demande en paiement de la créance. La banque Worms préférerait ainsi la

⁶³² Com. 1^{er} juill. 1963, Legifrance (publication : n° 343).

⁶³³ Civ. 2^e, 10 juill. 2003, pourvoi n° 01-16628, publié au bulletin.

⁶³⁴ Cass. com. 5 déc. 2000, pourvoi n° 97-12010, inédit.

⁶³⁵ Cf. M. Delmas-Marty, *Le mou, le doux et le flou sont-ils des gardes-fous ?* p. 215, J-B. Racine, *Les dérives procédurales de l'arbitrage*, in « Les transformations de la régulation juridique », LGDJ 1998, p. 229 s.

⁶³⁶ Civ. 1^{re}, 5 janv. 1999 : Bull. civ. I, n° 1; Defrénois 1999. 752, obs. Ph. Delebecque.

juridiction étatique à celle arbitrale dans le cadre de son action en paiement. Le pourvoi fut rejeté par la Cour de cassation au motif que :

« attendu que la clause d'arbitrage international, valable par le seul effet de la volonté des contractants, est transmise au cessionnaire avec la créance, telle que cette créance existe dans les rapports entre le cédant et le débiteur cédé ; que, dès lors, la cour d'appel a justement décidé que la clause d'arbitrage stipulée dans le contrat conclu entre la société Sud Marine et la société SNTM-Hyproc s'imposait à la banque Worms, cessionnaire de la créance ; (...). ».

La solution a été la même dans l'arrêt Banque générale du commerce⁶³⁷, cessionnaire également d'une créance de la société Sud Marine sur la société algérienne SNTM-Hyproc. La Cour de cassation a posé un principe similaire concernant une clause d'arbitrage interne⁶³⁸. L'enjeu du débat reposait sur la distinction entre l'autonomie de la clause compromissoire et sa transmissibilité (§ 1). La solution posée par la Haute juridiction nous semble par ailleurs opportune (§ 2).

§ 1- UNE NECESSAIRE DISTINCTION ENTRE L'AUTONOMIE ET LA TRANSMISSIBILITE DE LA CLAUSE COMPROMISSOIRE

446. La question de la transmission des clauses compromissoires dans le cadre des cessions de créances a été au centre d'une vive controverse doctrinale. Certains auteurs faisant prévaloir l'autonomie de la clause compromissoire considéraient que cette clause ne se transmet pas lors de la cession de créance. Il se posait surtout un problème d'effets de la clause compromissoire et plus généralement des conventions à l'égard des tiers. En effet, l'article 1134 C.civ consacre la force obligatoire des conventions entre les parties. Par conséquent, la clause compromissoire conclue entre les parties au contrat originaire devrait-elle s'imposer à un éventuel cessionnaire du contrat, lequel n'était pas partie à sa conclusion ?

447. P. FOUCHARD et E. LOQUIN émettaient ainsi des doutes⁶³⁹ quant à la transmissibilité de la clause compromissoire, prônant plutôt un renforcement de la relativité

⁶³⁷ Civ. 1^{re}, 19 oct. 1999, Rev. arb. 2000, 86 et s. note Cohen.

⁶³⁸ Civ. 2^e, 20 déc. 2001 : Bull. civ. II, n° 198 ; R., p. 469 ; D. 2002. IR. 251 ; D. 2003. Chron. 569, par X. Pradel ; Dr. et Patr., juin 2002, p. 123, obs. Mestre ; RTD com. 2002. 279, obs. E. Loquin.

⁶³⁹ « L'arbitrage et les tiers », Revue de l'arbitrage, 1988, p.470 et 472.

du contrat, et partant de la clause compromissoire. La doctrine majoritaire⁶⁴⁰ optait quant à elle pour le principe de la transmissibilité de cette clause dans le cadre d'une cession du contrat contenant la clause. En effet, ces auteurs considéraient que la clause compromissoire devait suivre le même sort que le contrat, car faisant partie de l'économie de la convention.

L'évolution de la jurisprudence de la Cour de cassation a abouti à une « affirmation de l'autonomie de la clause compromissoire en droit interne »⁶⁴¹ dans deux arrêts d'avril 2002. Ces arrêts s'inscrivaient dans une tendance inaugurée quelques années plus tôt par la Cour d'appel de Paris⁶⁴², laquelle reprenait au plan interne une solution posée dès 1963 en matière internationale par la jurisprudence Gosset⁶⁴³.

Comme le relève O. GOUT⁶⁴⁴, il faut alors concilier l'autonomie de la clause compromissoire avec sa transmissibilité, notamment en cas de cession de créance. Pour l'auteur, c'est le caractère accessoire de la clause compromissoire qui justifie habituellement sa transmission, ainsi que le rappelle la Cour de cassation⁶⁴⁵. Par conséquent, le droit d'action se transmet avec le droit substantiel.

448. P. ANCEL⁶⁴⁶ fonde la solution sur le caractère translatif de la cession de créance. En effet, pour cet auteur, « le créancier recueille dans son patrimoine la créance telle qu'elle était dans celui du cédant. ». La solution joue nonobstant le principe de l'autonomie de la clause compromissoire. En effet, la question de l'autonomie de la clause compromissoire et celle de sa transmission sont totalement différentes. L'autonomie permet la survie de la clause en cas d'annulation du contrat. En matière de transmission, la question est toute autre, car il s'agit de savoir si les droits et obligations nés du contrat doivent être transférés sans la clause. En cas de validité de la clause compromissoire, l'amputation de cette clause du contrat ou de la créance ne se justifie guère. L'auteur soutient notamment que « la créance née du contrat se trouve en quelque sorte "configurée" par les clauses et conditions qui figuraient dans le contrat originaire, et c'est dans cet état qu'elle est transmise au cessionnaire-ce qui traduit de

⁶⁴⁰ MM. Goutal, Jarrosson, Robert, Mayer : « L'arbitrage et les tiers », Rev. arb. 1988, p. 448 et s. Cf. spécialement P. MAYER, Les limites de la séparabilité de la clause compromissoire, Rev. arb. 1998, n° 2, p. 359 et s.

⁶⁴¹ O. Gout, note sous Civ. 2^e, 4 avril 2002 et Com. 9 avril 2002, JCP E, 24 oct. 2002, p. 1725.

⁶⁴² CA Paris, 8 oct. 1998 : RGDP 1999, p. 126 et s., obs. M.-C. Rivier ; Rev. arb. 1999, p. 350 et s. note P. Ancel et O. Gout.

⁶⁴³ Civ. 1^{re}, 7 mai 1963 : D. 1963, jurispr. P. 545, note J. Robert ; Rev. crit. DIP 1963, p. 615, note H. Motulsky ; JCP G 1963, II, 13405, note B. Goldman ; JDI 1964, p. 83, note J.-D. Bredin. La Haute juridiction affirmait dans cet arrêt « qu'en matière d'arbitrage international, l'accord compromissoire, qu'il soit conclu séparément ou inclus dans l'acte juridique auquel il a trait, présente toujours, sauf circonstance exceptionnelle, une complète autonomie juridique, excluant qu'il puisse être affecté par une éventuelle invalidité de l'acte. »

⁶⁴⁴ O. Gout, préc. p. 1727.

⁶⁴⁵ Civ. 2^e, 20 déc. 2001 : D. 2002, inf. rap. P. 251.

⁶⁴⁶ Revue de l'arbitrage 2002, n° 1, p. 11 et s.

manière un peu réductrice l'idée que la clause est l'accessoire de la créance. ». Cette argumentation nous paraît assez claire pour expliquer l'apparent paradoxe entre l'autonomie de la clause compromissoire et sa transmissibilité. L'effet translatif de la cession de créance emporte donc transmission de la créance et par conséquent de toutes les clauses contenues dans le contrat l'ayant fait naître, que ces clauses soient substantielles ou processuelles (cas de la clause compromissoire).

L'autonomie de la clause compromissoire doit en effet être distinguée de sa transmissibilité. Cette autonomie signifie que la clause résiste à l'annulation du contrat, l'arbitre restant seul juge des conséquences de cette annulation. La clause compromissoire ne suit pas le reste du contrat annulé. Le rôle de la clause compromissoire est justement de prévoir le juge chargé de régler les litiges découlant de la convention des parties, l'annulation du contrat faisant partie des litiges potentiels. Il est donc logique de respecter la volonté des parties de confier à un juge privé le soin de régler les conséquences découlant de cette annulation⁶⁴⁷. On comprend donc que cette clause survive à l'annulation du contrat.

449. P. MAYER⁶⁴⁸ pense à ce propos que « le domaine de la séparabilité doit être restreint aux hypothèses où le refus de donner effet à la clause, par solidarité avec le reste du contrat, soustrairait à l'arbitrage des questions que les parties ont voulu y soumettre. ». En clair, la clause compromissoire ne doit être séparée du contrat et trouver ainsi son autonomie qu'en cas de nullité des autres clauses du contrat, dans la mesure où justement les parties ont voulu soumettre à l'arbitrage les litiges relatifs au contrat. Il va sans dire qu'en cas de cession du contrat ou de la créance, la clause compromissoire ne devrait pas être séparée, et se transmettra avec le contrat ou la créance.

450. E. LOQUIN⁶⁴⁹, après avoir émis des réserves quelques années plus tôt sur la transmission de la clause compromissoire en cas de cession, soutient qu'« en réalité, sans aucun paradoxe, la transmission de la clause compromissoire s'explique par son autonomie. ». L'auteur considère en effet que la clause compromissoire est une convention de procédure distincte de la convention principale la contenant, laquelle a pour objet les droits substantiels. Le droit d'action étant autonome par rapport aux droits substantiels, la clause compromissoire constitue par conséquent un accessoire au contrat principal. Cette configuration explique que

⁶⁴⁷ Sur les pouvoirs du juge en matière d'annulation du contrat : cf. Olivier GOUT, le juge et l'annulation du contrat, thèse université Jean Monnet 1998 ; Dir. P. ANCEL, Presses universitaires d'Aix-Marseille 1999.

⁶⁴⁸ P. Mayer, Les limites de la séparabilité de la clause compromissoire, Rev. arb. 1998, n° 2, p. 363, spéc. n°6.

⁶⁴⁹ E. Loquin, RTDcom avril/juin 2002, p. 279.

la convention d'arbitrage survive à l'anéantissement de la convention principale, dès lors que l'*instrumentum* contient deux conventions distinctes. Le droit d'action survit ainsi à l'anéantissement du droit substantiel. Dans l'hypothèse d'une transmission de la créance, la convention d'arbitrage est transmise en tant qu'accessoire du droit d'action, le droit d'action étant lui-même accessoire au droit substantiel qu'il sert⁶⁵⁰. C'est en sens qu'a décidé la Cour de cassation dans l'arrêt Worms sus cité, rejetant le pourvoi formé contre l'arrêt de la Cour d'appel d'Aix-en-provence du 9 janvier 1997⁶⁵¹ (SNTM Hyproc c/Banque générale du commerce) relatif à une cession de créance professionnelle.

Dans ce débat, la Haute juridiction semble en effet avoir eu recours à la théorie de l'accessoire qui se rapproche de l'argumentation des auteurs sus cités. Cette théorie était par ailleurs expressément défendue par d'autres auteurs⁶⁵². Ces derniers considéraient que l'accessoire suit le principal, et par conséquent, la cession du contrat entraîne celle de la clause compromissoire. La Cour de cassation⁶⁵³ a par ailleurs rappelé en 2006 le principe selon lequel une cession de créance emporte cession des actions en justice qui lui sont rattachées.

Il est également logique que l'al. 3 de l'art. L. 313-23 CMF issu de la loi du 1^{er} août 2003 pose la règle selon laquelle :

« la remise du bordereau entraîne de plein droit le transfert des sûretés, des garanties et des accessoires attachées à cette créance, y compris des sûretés hypothécaires, et son opposabilité aux tiers, sans qu'il soit besoin d'autre formalité. ».

La clause compromissoire⁶⁵⁴, qui peut être considérée comme un accessoire⁶⁵⁵ attaché à la créance cédée, est ainsi transmise de plein droit au cessionnaire de la créance, par la volonté du législateur.

451. Par ailleurs, la solution des arrêts Worms et banque générale du commerce prévaut dans les chaînes de contrats, la Cour de cassation décidant dans l'arrêt *Peavy*

⁶⁵⁰ En ce sens, M. Cabrillac, les accessoires de la créance, étude dédiée à A. Weill, Dalloz et Litec, 1983, p. 107.

⁶⁵¹ Revue de l'arbitrage 1997 pp. 77-78

⁶⁵² Notamment D. Cohen, note sous CA Paris, 1^{ère} Ch. C, 25 nov.1999 : Rev. arb. 2001, p.31. D. Cohen, note sous. Civ. 1^{re}, 5 janv. 1999 et Civ. 1^{re}, 19 oct. 1999 : Rev. Arb. 2000, p.85. L. Aynès, note sous CA Paris, 20 nov. 1988 : Rev. Arb. 1988, p. 570.

⁶⁵³ Civ. 1^{re}, 10 janv. 2006, Bull. civ. I, n° 6 ; D. 2006. Jur. 2129, note D. Bert ; AJ. 365 obs. X. Delpech ; Defrénois 2006. 597, obs. E. Savaux ; RTD civ. 2006. 552, obs. J. Mestre et B. Fages.

⁶⁵⁴ V. également sur cette question : J. El-Ahdab, La clause compromissoire et les tiers, thèse dactyl., Paris I, sous la dir. de Y. Guyon, 27 juin 2003. L'auteur propose de tenir compte de trois critères en matière de circulation des clauses compromissoires : la volonté des parties, ainsi que les éléments économiques et procéduraux du litige.

⁶⁵⁵ L'art. 1692 C. civ. prévoit une solution similaire en matière de cession de créance de droit commun. D'après cette disposition, « la vente ou cession d'une créance comprend les accessoires de la créance, tels que caution, privilège et hypothèque. ».

Company c/ Organisme général des fourrages que : « dans une chaîne homogène de contrats translatifs de marchandises, la clause d'arbitrage international se transmet avec l'action contractuelle, sauf preuve de l'ignorance raisonnable de l'existence de cette clause. »⁶⁵⁶.

Il s'agissait en l'espèce d'un revirement de jurisprudence, car la position de la Haute juridiction était toute autre dans un arrêt précédent. En effet, dans sa décision en date du 6 novembre 1990, la première chambre civile de la Cour de cassation avait jugé que la clause compromissoire n'était pas opposable « faute de transmission contractuelle. »⁶⁵⁷. L'arrêt rendu le 6 février 2001 était donc en rupture avec la jurisprudence antérieure. La Cour de cassation a également rappelé ultérieurement, dans l'arrêt *Alcatel business systems c/Amkor technology*⁶⁵⁸ le principe de la transmission de la clause d'arbitrage dans une chaîne hétérogène de contrats translatifs de propriété. La solution posée par ces arrêts doit pouvoir être également valable au plan interne, « dans un souci bienvenu d'homogénéisation des solutions du droit positif, afin d'éviter de s'égarer dans des justifications byzantines d'éventuelles différences de régime pour des situations semblables. »⁶⁵⁹. Cette solution vaut aussi en matière de stipulation pour autrui⁶⁶⁰. Le principe désormais acquis en jurisprudence de « circulation des clauses compromissoires » semble ainsi conforté.

La solution dégagée dans les arrêts *banque Worms* et *banque générale du commerce* est également empreinte d'opportunité.

§ 2- UNE SOLUTION OPPORTUNE

452. La solution posée par la jurisprudence consacrant la transmission de la clause compromissoire en même temps que le contrat principal semble se justifier également par un impératif de sécurité juridique. En effet, une remise en cause systématique des clauses compromissoires contenues dans les créances ou les contrats cédés pourrait entraver le développement des échanges commerciaux.

Le problème est de savoir pourquoi le débiteur cédé qui a conclu la clause compromissoire avec son cocontractant originaire devrait en être privé en cas de cession

⁶⁵⁶ Civ.1^{re}, 6 févr. 2001, Bull. civ. I, n° 22 ; D. 2001, somm. p. 1135, obs. Ph. Delebecque; RTD com. 2001, p. 413, obs. E. Loquin.. V. aussi Com. 25 nov. 2008, n° 07-21888 (P+B+R), ou encore Civ. 1^{re}, 17 nov. 2010, n° 09-12442.

⁶⁵⁷ Rev. Arb. 1991. 73 ; Cf. Ph. Delebecque, la transmission de la clause compromissoire, Rev. Arb. 1991. 19

⁶⁵⁸ Civ. 1^{re}, 27 mars 2007 n° 04-20.842 (n° 513 FSiP+B+I), D. 2007, 2077, obs. X. Delpech.

⁶⁵⁹ T. Clay, qui arrêtera la circulation de la clause compromissoire, D. 2003, p. 2471 et s.

⁶⁶⁰ Civ. 1^{re}, 11 juill. 2006, Bull. civ. I, n° 368.

d'une créance. Ses prévisions contractuelles n'en seraient que ruinées, si le sort de la clause compromissoire devait être remis en cause en cas de cession. Le débiteur cédé n'est-il pas en droit d'opposer⁶⁶¹ la clause au cessionnaire de la créance et d'exiger un respect de la force obligatoire de la clause par ce nouveau partenaire contractuel ? En effet, la clause compromissoire bien que n'ayant pas un « contenu obligationnel » n'en garde pas moins force obligatoire. On peut donc considérer que le problème de la transmission de la clause compromissoire peut également être réglé sur le terrain de la force obligatoire du contrat. Sur ce terrain en effet, le débiteur cédé est en droit d'exiger le respect de la clause à toute personne se substituant au créancier originaire, dès lors qu'on considère cette personne comme un nouveau créancier ou un nouveau contractant. C'est en effet sur un fondement contractuel que seront désormais régis les rapports entre le débiteur cédé et le cessionnaire de la créance, ou le nouveau contractant. On voit mal pourquoi le débiteur cédé serait tenu par ses obligations contractuelles substantielles envers le cessionnaire de la créance (montant de la créance, des intérêts...) sans pouvoir exiger de l'autre partie le respect de la clause compromissoire contenue dans le même contrat. Par conséquent, le débiteur cédé devrait pouvoir solliciter et obtenir d'un juge étatique éventuellement saisi par le cessionnaire le rejet de la prétention de ce dernier, et le respect de la clause compromissoire.

453. Le même résultat peut être atteint en se fondant sur l'opposabilité⁶⁶² des contrats aux tiers. De surcroît, le cessionnaire est un tiers particulier qui peut difficilement prouver qu'il ignorait l'existence de la clause compromissoire. Il a en effet de nouveaux rapports avec le débiteur cédé, qui se fondent sur le contrat initial. Sa situation est en donc spécifique, puisqu'il est tiers lors de la conclusion du contrat comportant la clause, mais acquiert par la suite ce contrat. Il y a ainsi comme un lien de transitivité entre le cédant, le cédé et le cessionnaire de la créance. Il en résulte entre les deux derniers (cédé et cessionnaire) un rapport que l'on pourrait qualifier de « pro contractuel » ou de rapport contractuel indirect. En effet, le cédé a un rapport contractuel avec le cédant, lequel a également un rapport de même nature avec le cessionnaire. Par transitivité, un lien semble unir le cessionnaire au cédé, lien se fondant sur le contrat initial. Ce rapport s'apparente à un lien contractuel par procuration.

⁶⁶¹ En doit commun, le contrat est en principe opposable à tous, sauf règle particulière d'inopposabilité. Cf. J. Ghestin, *Droit civil*, LGDJ 1980, t. II, n° 347 ; J. Duclos, *L'opposabilité, essai d'une théorie générale*, LGDJ, 1984, n° 24, p. 49 ; F. Bertrand, *L'opposabilité du contrat aux tiers*, thèse Paris 2, 1979 ; J.-L. Goutal, *Essai sur le principe de l'effet relatif du contrat*, LGDJ, 1981, n° 39, p. 39.

⁶⁶² Sur ce point, cf. J. Ghestin, *préc.* n° 347 ; J. Duclos, *L'opposabilité, essai d'une théorie générale*, LGDJ, 1984, n° 24, p. 49 ; F. Bertrand, *L'opposabilité du contrat aux tiers*, thèse Paris 2, 1979 ; J.-L. Goutal, *Essai sur le principe de l'effet relatif du contrat*, LGDJ, 1981, n° 39, p. 39.

Par conséquent, on peut se poser la question suivante : le cessionnaire n'avait-il pas la possibilité de s'informer de l'existence de la clause lors de la cession, et éventuellement de décliner l'opération si la clause compromissaire ne lui convenait pas? En outre, il est toujours possible au cessionnaire de négocier un retrait de cette clause avec le débiteur cédé, s'il ne souhaite pas recourir à l'arbitrage.

Les impératifs de sécurité juridique plaident en effet en faveur d'un maintien de cette clause dans les rapports entre le cessionnaire et le débiteur cédé. L'accord des parties sur chaque clause du contrat est en effet fonction des aspirations des uns et des autres. Par conséquent, lorsque les contractants désignent un arbitre, ils le font parce qu'ils estiment que ce dernier leur apporte la meilleure satisfaction possible pour régler leurs litiges. Il s'agit donc d'un choix clair des parties de renoncer au juge étatique, pour des raisons qui leur sont propres. Ce choix est lourd de conséquences, et il doit être respecté. Il ne nous paraît pas adéquat de remettre en cause une volonté clairement exprimée par les parties au contrat initial, du seul fait de la cession d'une créance. Cela serait injuste, lorsque l'on aborde le problème sous l'angle du débiteur cédé.

454. On le voit, c'est le refus des clauses compromissaires par les banques Worms et Banque générale du commerce qui a permis à la Cour de cassation d'affirmer le principe de la transmission des clauses compromissaires en cas de cession de créance. Il arrive ainsi que les établissements de crédit participent à l'arbitrage contre leur gré.

CONCLUSION GENERALE

455. La prise de risques est inhérente à l'exercice de l'activité bancaire. Les intérêts générés par le crédit, ainsi que les profits issus des opérations financières permettent en effet aux établissements de crédit de vivre et de se développer. Les litiges découlant de l'impayé semblent inévitables, puisque les défaillances des débiteurs ne sont pas souvent dues à leur fait. Dans bien de cas, les contingences de divers ordres conduisent ces derniers à ne plus être en mesure d'exécuter leurs obligations. La nécessité de prévenir autant que possible le risque d'impayé s'impose donc. Le législateur au plan national et international, de même que la jurisprudence jouent un rôle très important en la matière, compte tenu des conséquences néfastes que peuvent générer des défaillances en grand nombre des débiteurs sur l'économie nationale et internationale, dans un contexte de mondialisation des échanges.

456. Les techniques de prévention de l'endettement, à travers un encadrement du crédit à la consommation, par un recours au formalisme informatif en matière de crédit et de cautionnement (formalisme certes imparfait mais complété par l'obligation jurisprudentielle de mise en garde), contribuent dans le même temps à éclairer le consentement des emprunteurs ou des cautions. Il en est de même de l'ensemble des normes encadrant les activités financières des établissements de crédit qui concourent directement ou indirectement à prévenir le contentieux de la responsabilité et celui des vices du consentement. En outre, la mise en place des procédures de traitement du surendettement par la loi Neiertz du 31 décembre 1989 et ses modifications successives ont probablement incité les banques à une responsabilité accrue dans le cadre de l'octroi du crédit aux particuliers et aux ménages ; la protection qu'offre le législateur consumériste à ces personnes inclinant à plus de prudence dans le processus de rencontre des volontés.

Dans une certaine mesure, on peut en dire de même de l'institution d'un cadre juridique encadrant les défaillances des entreprises, par le biais des procédures collectives, qui ont été réformées par la loi du 26 juillet 2005. Cette dernière a en effet introduit dans le paysage législatif français la procédure de sauvegarde, inspirée du chapitre 11 du droit américain de la faillite, qui vise à traiter de façon plus précoce les difficultés des entreprises. La possibilité offerte aux cautions personnes physiques de bénéficier des remises issues du plan de sauvegarde confirme cette volonté législative de permettre à l'entreprise d'avoir des meilleures chances de redressement. La crainte des effets de l'ouverture plus rapide des procédures collectives est de nature à inciter les banques à une plus grande responsabilité, dans le cadre de l'octroi des crédits aux entreprises.

457. Il est toutefois certain que les mesures de prévention ne pourront pas permettre d'éviter totalement la survenance de situations conflictuelles dans le secteur bancaire. Il va sans dire que la négociation et la médiation occuperont toujours une place de choix dans ce secteur et il est heureux que la médiation institutionnelle ait été étendue aux litiges de la consommation relatifs à l'exécution des contrats de crédit d'épargne et d'investissement. Ces mécanismes de résolution consensuelle des différends dans un secteur commercial très concurrentiel ont un avantage sur les autres modes de règlement. Ils permettent en effet aux parties de trouver une solution conventionnelle à leurs différends, avec ou sans l'entremise d'un tiers, évitant ainsi les inconvénients que présenterait une solution imposée. Cela est

d'autant plus vrai que les médiateurs ont très souvent recours à l'équité, conférant à la médiation un caractère encore plus consensuel.

458. La mise en place des systèmes de médiation institutionnelle constitue une avancée significative dans la promotion d'une justice alternative. Bien qu'elle soit susceptible de poser des problèmes de qualification de l'activité autant que de l'acte de règlement, l'acception large de la notion de litige dans la pratique des médiateurs bancaires et dans celle du médiateur de l'AMF paraît compréhensible. En effet, elle contribue à régler un nombre important de différends persistants entre les établissements de crédit et leur clientèle, même si la pratique montre que ces différends n'ont pas toujours une dimension réellement juridique. Cela pose la question des médiations ajuridiques susceptibles de se développer dans la pratique. Cette souplesse de l'activité conventionnelle de règlement promeut toutefois une certaine justice contractuelle, très souvent au service des personnes les plus vulnérables, ce qui tend à la distinguer de la justice telle que rendue dans les prétoires. Cette activité a par ailleurs pour avantages la rapidité et la gratuité au bénéfice de la clientèle, que n'offrent pas toujours la justice étatique ou l'arbitrage. Les médiateurs bancaires et celui de l'AMF apparaissent ainsi également comme des régulateurs sociaux dont la présence est nécessaire dans le cadre d'activités de masse, qui concernent en grande partie des personnes ne maîtrisant pas forcément les subtilités du droit. Leurs interventions contribuent non seulement à régler les litiges, mais aussi à résoudre les conflits. Il faut par ailleurs se féliciter de l'extension par la loi Chatel de 2008, du dispositif de médiation bancaire institué par la loi MURCEF de 2001, aux litiges de la consommation relatifs aux opérations de crédit, aux services d'investissement et aux produits d'épargne. Cette extension pourrait conférer à la médiation bancaire un rôle plus important en matière de règlement du contentieux entre banques et clients, notamment comme circuit supplémentaire de dérivation du contentieux de l'impayé, ce qui n'était pas le cas de la loi MURCEF. Cette extension législative devrait en outre s'accompagner des mécanismes de promotion du dialogue entre les deux médiateurs, afin de régler rapidement les éventuels conflits de compétence, et les dossiers complexes pouvant nécessiter une solution commune.

Il est également intéressant de constater que le médiateur de l'AMF offre outre un service de médiation, un service gratuit d'information et de consultation qui contribue à éclairer les investisseurs dans une matière parfois complexe, permettant ainsi de prévenir en amont certains litiges en matière de vices du consentement ou de responsabilité.

Les médiations bancaire et financière jouent donc un rôle social important. Elles contribuent à régler les différends intervenant dans ces secteurs d'activité, qu'ils soient d'ordre juridique ou non. La souplesse qu'elles offrent participe au maintien des relations contractuelles apaisées dans ces secteurs commerciaux de masse.

459. L'activité du médiateur du crédit s'inscrit également dans le cadre de la promotion de techniques souples de règlement des conflits. En effet, ce dernier ne règle pas les litiges, mais contribue avec une certaine réussite à l'obtention des financements nécessaires au développement des entreprises. Il joue donc un rôle central en période de crise, contribuant à sauvegarder des milliers d'entreprises et d'emplois, et partant à assurer une certaine justice sociale. En effet, la crise actuelle est due aux défaillances du système bancaire et financier international, et il serait injuste que les entreprises nationales qui n'en sont pas à l'origine en pâtissent. L'activité du médiateur du crédit contribue donc d'une certaine façon à rétablir l'équilibre en matière de distribution du crédit aux entreprises. De ce point de vue, la création de ce mécanisme rapide et gratuit facilitant l'obtention du crédit est donc à saluer, bien que sa dénomination ne rende pas compte de l'activité réelle de règlement qui lui incombe. Il s'agit en effet d'un facilitateur du crédit et non d'un médiateur au sens juridique du terme. Si l'institution est pérennisée, il serait toutefois souhaitable que la médiation du crédit ne fasse pas naître à terme un droit au crédit pour les entreprises. Un tel droit pourrait en effet générer une nouvelle crise, liée aux défaillances en cascade, à l'image de la crise des *subprimes*.

460. En ce qui concerne la négociation entre banques et clients *in bonis*, elle aboutit en général à un avenant, accord modifiant le contrat initial auquel il s'intègre, les parties se considérant au stade du différend. Cette négociation, qui se déroule dans un contexte d'inégalité entre les parties, conduit en principe à un résultat se situant sur le plan strictement contractuel. L'hésitation est toutefois possible quant à la qualification de l'acte, en cas de concessions réciproques. Mais dans le doute, c'est la qualification d'avenant qui devrait être retenue. En effet, du fait des conséquences procédurales que l'art. 2052 C. civ. attache à la transaction, cette qualification ne devrait s'imposer que si l'on est absolument certain de l'intention des parties.

Les accords issus des procédures de surendettement ou des procédures collectives ont également pour effet de modifier le contrat initial, afin de l'adapter à la situation économique du débiteur ; Ils ont une nature contractuelle. Ces accords ont pour but de permettre au

débiteur d'avoir de meilleures chances de régler au final sa dette. Ces dispositifs de protection des débiteurs défaillants absorbent une partie du contentieux bancaire, leur mise en œuvre conduisant généralement à une suspension des poursuites contre le débiteur. Ils visent à permettre à ce dernier de payer sa dette suivant de nouvelles modalités, la défaillance de l'emprunteur pouvant conduire à faire réapparaître les obligations issues du contrat initial. Ces obligations sont donc simplement suspendues, pendant la période d'exécution des plans. Les techniques du droit des contrats sont ainsi mobilisées au service de l'économie. Ces techniques reposent sur une adaptation du contrat aux difficultés du débiteur, et contribuent ainsi à éviter le litige.

461. La spécificité des MARC dans le secteur bancaire apparaît ainsi à travers l'importance de la négociation entre banques et clients (consommateurs ou professionnels), négociation pouvant être spontanée ou organisée (surendettement, procédures collectives). Une partie importante du contentieux bancaire est ainsi absorbée par des mécanismes de règlement qui n'apparaissent pas habituellement dans le discours relatif aux MARC. Cela montre que la place des MARC doit surtout être recherchée secteur par secteur, et non simplement de façon générale, par référence à la conciliation, à la médiation, ou à l'arbitrage.

Comme on l'a vu, la médiation institutionnelle et l'arbitrage n'ont quasiment eu aucune incidence sur la baisse du contentieux de l'impayé, le règlement alternatif de ce contentieux se faisant essentiellement par la voie de la négociation. Cette dernière constitue en effet le mode privilégié de règlement des conflits en matière de relations entre banques et clients. Elle présente l'avantage d'apporter une solution contractuelle au conflit, contribuant ainsi à désengorger les juridictions. Même si on peut penser que dans bien de cas, le client a une marge de manœuvre étroite dans le cadre de cette négociation, elle lui permet tout de même d'avoir une nouvelle chance d'exécuter son obligation, en dehors de toute contrainte judiciaire. Cette négociation précontentieuse gagnerait à être mieux connue et vulgarisée, car elle peut être reprise par d'autres secteurs de la vie socio économique, dans un objectif de promotion des mécanismes de solution alternative aux conflits, lesquels évitent la formalisation du litige.

La négociation précontentieuse est en outre bénéfique aussi bien pour les parties que pour le système judiciaire. En effet, elle évite aux parties le coût et la durée des procédures judiciaires. Elle permet également de délester les juridictions d'un abondant contentieux, ce qui est de nature à permettre aux juges de juger à la fois moins et mieux. Cela est d'autant

plus intéressant dans le contexte actuel de restriction budgétaire et de réforme de la carte judiciaire.

462. Par ailleurs, en dépit de la baisse du contentieux de l'impayé liée en grande partie à l'essor remarquable des procédures déjudiciarisées de traitement de cet impayé, en dépit de l'extension du champ de compétence du médiateur bancaire, le juge étatique ne peut totalement être exclu du contentieux bancaire. En effet, en tant que garant de la protection du consommateur, et chargé de mettre en application le droit pénal, ce juge paraît difficilement contournable dans le cadre du règlement des litiges bancaires. Bien que ses services soient de moins en moins sollicités en ce qui concerne le contentieux de l'impayé, son *imperium*, son pouvoir de grâce et sa gratuité lui confèrent un avantage certain sur l'arbitre, au stade de l'adjudication. En ce qui concerne ce dernier, le recours aux clauses compromissoires optionnelles ou encore au compromis pourrait lui offrir une place dans le règlement du contentieux bancaire de clientèle. Mais en pratique, ces variantes de convention d'arbitrage sont rares. L'arbitre ne trouve donc à exercer sa juridiction qu'en dehors des rapports de clientèle, lorsque les banques contractent avec d'autres opérateurs du commerce national ou international, voire dans le cadre de leurs activités boursières⁶⁶³. Cela montre que le règlement du contentieux bancaire est également dépendant du type de contractants et de l'objet des litiges impliquant les établissements de crédit.

463. En somme, l'observation montre un certain particularisme en matière de traitement du contentieux bancaire. Ce particularisme repose tout d'abord sur la prévention des conflits, à travers la maîtrise du risque lié aux opérations bancaires et opérations connexes. Une prévention que promeuvent ardemment le législateur et la jurisprudence à travers un arsenal normatif en constante évolution. Les banques y contribuent également, puisqu'elles semblent dans la pratique se montrer davantage regardantes en matière de gestion des risques que présentent leurs activités, ce qui peut en partie au moins expliquer le déclin du contentieux de l'impayé sus évoqué.

Les établissements de crédit gagneraient par ailleurs à tirer toutes les leçons de la crise financière que traverse le monde, crise de la spéculation et du profit sans limite. L'action du juge étatique qui a contribué à rendre les banques davantage responsables dans leurs activités quotidiennes devrait s'affirmer également en matière de spéculation, même si elle semble limitée par le caractère international de cette activité. Ce sont surtout les pouvoirs exécutifs

⁶⁶³ Sur ce point, v. X. Boucobza, L'arbitrage en matière financière, Droit et patrimoine juin 2002, p. 73 et s.

des Etats (plus réactifs et mobilisables rapidement) et les organisations internationales compétentes qui doivent s'impliquer dans la lutte contre les dérives spéculatives des établissements de crédit, à travers des normes internationales⁶⁶⁴ au caractère impératif. Il va sans dire que ces normes doivent être assorties de sanctions à l'encontre des Etats contrevenants, bien qu'on soit conscient qu'en pratique, le principe de souveraineté limite considérablement les moyens d'action contre des Etats.

464. Le particularisme du contentieux bancaire repose ensuite sur un règlement consensuel des situations conflictuelles comme principal *leitmotiv* des établissements de crédit, d'où l'importance que prennent la négociation et la médiation dans ce secteur. Il va sans dire que ce droit confine désormais le juge étatique à un rôle secondaire, puisque les banques très souvent demanderesse ont mis en place de multiples stratégies d'évitement de ce juge, qui ne leur est pas toujours favorable. Ce droit confine enfin l'arbitre à un rôle plutôt marginal, dans la mesure où il n'est quasiment pas saisi des litiges liés aux opérations de clientèle qu'effectuent les établissements de crédit. La déjudiciarisation et la déjuridictionnalisation prennent ici tout leur sens, dès lors que les banques s'emploient à régler leurs litiges de manière conventionnelle, en dehors de toute procédure judiciaire ou arbitrale.

⁶⁶⁴ On fait référence ici à une véritable gouvernance internationale de l'activité financière des établissements de crédit et entreprises d'investissement.

ANNEXES

Demandes en paiement formées en 2009 par nature d'affaire, juridiction saisie et type de procédure

Nature d'affaire		Total**	TI et J. de proximité fond et référé*			jprox Fond	Injonction de payer*		
			Total	TI Fond	TI Référé		Total	jprox	TI
	Total	1 076 262	285 039	169 995	66 603	48 441	652 929	218 430	434 499
31B	V. Fds de comm.Dde en paiement du prix et/ou tendant à faire sanctionner le non-paiement du prix	1 468	497	137	20	340	0	0	
32B	Loc gér. Fds comm. Dde en paiement formée contre le loueur et/ou le locataire-gérant	64	7	3	1	3	0	0	0
38B	Dde en paiement par le porteur, d'une lettre de change, d'un billet à ordre	707	113	28	2	83	374	116	258
38C	Dde en paiement du solde du compte bancaire	25 369	4 601	4 370	16	215	18 068	2 550	15 518
50B	Vente Dde en paiement du prix ou tendant à faire sanctionner le non-paiement du prix	101 679	12 245	5 108	437	6 700	27 638	20 147	7 491
51A	Dde en paiement des loyers et des charges et/ou tendant à faire prononcer ou constater la résiliation pour défaut de paiement ou défaut d'assurance et ordonner l'expulsion	169 718	140 980	76 781	62 817	1 382	27 005	2 826	24 179
52A	Dde en paiement des fermages ou loyers et/ou tendant à faire prononcer ou constater la résiliation du bail pour défaut de paiement et prononcer l'expulsion	198	121	72	40	9	0	0	0
53B	Prêt - Demande en remboursement du prêt	401 318	59 441	57 021	351	2 069	329 440	6 622	322 818
53F	Crédit-bail ou leasing - Dde en paiement des loyers et/ou en résiliation du crédit-bail	16 123	1 040	983	10	47	13 625	371	13 254
53I	Cautionnement - Dde en paiement formée contre la caution seule	5 113	228	183	4	41	1 009	344	665
54B	Dde en paiement du prix formée par le sous-traitant contre l'entrepreneur principal	1 064	191	106	11	74	412	254	158

54C	Dde en paiement du prix formée par le constructeur contre le maître de l'ouvrage ou son garant	4 602	<i>1 262</i>	717	71	474	<i>360</i>	174	186
54D	Dde en paiement direct du prix formée par le sous-traitant contre le maître de l'ouvrage	635	<i>92</i>	59	3	30	<i>106</i>	45	61
55A	Dde en paiement du prix du transport	1 390	<i>359</i>	215	90	54	<i>587</i>	502	85
56B	Dde en paiement du prix, ou des honoraires formée contre le client et/ou tendant à faire sanctionner le non-paiement du prix, ou des honoraires	156 885	<i>21 024</i>	7 318	1 057	12 649	<i>126 635</i>	107 088	19 547
57A	Dde en paiement ou en indemnisation formée par un intermédiaire	3 144	<i>732</i>	243	20	469	<i>1 511</i>	1 005	506
58D	Dde en paiement des primes, ou cotisations, formée contre l'assuré	33 644	<i>1 317</i>	245	5	1 067	<i>32 155</i>	28 482	3 673
59B	Dde en paiement relative à un autre contrat	29 362	<i>3 028</i>	1 179	120	1 729	<i>21 997</i>	12 255	9 742
59D	Dde en paiement relative à un contrat non qualifié	13 026	<i>5 154</i>	2 169	714	2 271	<i>2 411</i>	1 763	648
72A	Dde en paiement des charges ou des contributions	29 464	<i>22 082</i>	10 633	770	10 679	<i>3 694</i>	2 464	1 230
88C	Dde en paiement de cotisations, majorations de retard et/ou pénalités	47 391	<i>3 656</i>	1 577	17	2 062	<i>19 449</i>	12 914	6 535
88D	Demande en remboursement de cotisations	4 675	<i>1 336</i>	190	11	1 135	<i>3 250</i>	2 876	374
88E	Dde en paiement de prestations	4 552	<i>792</i>	101	9	682	<i>3 591</i>	3 305	286
88H	Autres demandes d'un organisme, ou au profit d'un organisme, en paiement, remboursement ou dommages-intérêts	15 045	<i>4 741</i>	557	7	4 177	<i>9 986</i>	8 905	1 081
00A	Non déclaré	9 626					<i>9 626</i>	3 422	6 204
* Données provisoires, ** hors injonctions de payer du tribunal de commerce et du TGI à compétence commerciale. Source ; SDSED répertoire général civil <i>Direction des affaires civiles et du sceau Pôle d'évaluation de la justice civile</i>									

Demandes en paiement formées en 2009 par nature d'affaire, juridiction saisie et type de procédure (suite)

Nature d'affaire		TGI			TGI cc			Tribunal de commerce			
		<i>Total</i>	Fond	Référé	<i>Total</i>	Fond	Référé	<i>Total</i>	Fond	Référé	Injonctions de payer
	Total	33 959	25 305	8 654	4 262	2 988	1 276	100 073	76 093	23 980	ND
31B	V. Fds de comm.Dde en paiement du prix et/ou tendant à faire sanctionner le non-paiement du prix	440	216	224	294	258	36	237	155	82	
32B	Loc gér. Fds comm. Dde en paiement formée contre le loueur et/ou le locataire-gérant	18	6	12	8	7	1	31	24	7	
38B	Dde en paiement par le porteur, d'une lettre de change, d'un billet à ordre	23	13	10	29	23	6	168	101	67	
38C	Dde en paiement du solde du compte bancaire	958	913	45	213	199	14	1 529	1 430	99	
50B	Vente Dde en paiement du prix ou tendant à faire sanctionner le non-paiement du prix	3 624	1 883	1 741	1 594	924	670	56 578	37 593	18 985	
51A	Dde en paiement des loyers et des charges et/ou tendant à faire prononcer ou constater la résiliation pour défaut de paiement ou défaut d'assurance et ordonner l'expulsion	1 518	482	1 036	9	5	4	206	123	83	
52A	Dde en paiement des fermages ou loyers et/ou tendant à faire prononcer ou constater la résiliation du bail pour défaut de paiement et prononcer l'expulsion	54	32	22	0	0	0	23	11	12	
53B	Prêt - Demande en remboursement du prêt	10 557	9 991	566	475	452	23	1 405	1 246	159	
53F	Crédit-bail ou leasing - Dde en paiement des loyers et/ou en résiliation du crédit-bail	553	447	106	50	31	19	855	581	274	
53I	Cautionnement - Dde en paiement formée contre la caution seule	2 030	1 990	40	245	227	18	1 601	1 581	20	
54B	Dde en paiement du prix formée par le sous-traitant contre l'entrepreneur principal	277	139	138	56	26	30	128	98	30	
54C	Dde en paiement du prix formée par le constructeur contre le maître de l'ouvrage ou son garant	2 678	1 769	909	92	61	31	210	146	64	

54D	Dde en paiement direct du prix formée par le sous-traitant contre le maître de l'ouvrage	317	189	128	30	15	15	90	72	18	
55A	Dde en paiement du prix du transport	7	2	5	38	28	10	399	305	94	
56B	Dde en paiement du prix, ou des honoraires formée contre le client et/ou tendant à faire sanctionner le non-paiement du prix, ou des honoraires	2 578	1 490	1 088	615	314	301	6 033	3 597	2 436	
57A	Dde en paiement ou en indemnisation formée par un intermédiaire	640	566	74	46	37	9	215	195	20	
58D	Dde en paiement des primes, ou cotisations, formée contre l'assuré	93	59	34	8	8		71	65	6	
59B	Dde en paiement relative à un autre contrat	1 243	971	272	187	144	43	2 907	2 294	613	
59D	Dde en paiement relative à un contrat non qualifié	825	366	459	187	153	34	4 449	3 669	780	
72A	Dde en paiement des charges ou des contributions	3 688	2 230	1 458							
88C	Dde en paiement de cotisations, majorations de retard et/ou pénalités	1 262	1 030	232	86	75	11	22 938	22 807	131	
88D	Demande en remboursement de cotisations	89	63	26	0	0	0	0	0	0	
88E	Dde en paiement de prestations	169	154	15	0	1	0	0	0	0	
88H	Autres demandes d'un organisme, ou au profit d'un organisme, en paiement, remboursement ou dommages-intérêts	318	304	14	0	0	1	0	0	0	
00A	Non déclaré										

* Données provisoires, ** hors injonctions de payer du tribunal de commerce et du TGI à compétence commerciale.

Source ; SDSED répertoire général civil

Direction des affaires civiles et du sceau Pôle d'évaluation de la justice civile

Répartition des demandes en paiement formées en 2009 par nature d'affaire % selon la juridiction saisie et la voie procédurale utilisée

Nature d'affaire		Total	TI et J. de proximité fond et référé*			jprox Fond	Injonction de payer*		
			Total	TI Fond	TI Référé		Total	jprox	TI
	Total	100,0	26,5	15,8	6,2	4,5	60,7	20,3	40,4
31B	V. Fds de comm.Dde en paiement du prix et/ou tendant à faire sanctionner le non-paiement du prix	100,0	33,9	9,3	1,4	23,2	0,0	0,0	0,0
32B	Loc gér. Fds comm. Dde en paiement formée contre le loueur et/ou le locataire-gérant	100,0	10,9	4,7	1,6	4,7	0,0	0,0	0,0
38B	Dde en paiement par le porteur, d'une lettre de change, d'un billet à ordre	100,0	16,0	4,0	0,3	11,7	52,9	16,4	36,5
38C	Dde en paiement du solde du compte bancaire	100,0	18,1	17,2	0,1	0,8	71,2	10,1	61,2
50B	Vente Dde en paiement du prix ou tendant à faire sanctionner le non-paiement du prix	100,0	12,0	5,0	0,4	6,6	27,2	19,8	7,4
51A	Dde en paiement des loyers et des charges et/ou tendant à faire prononcer ou constater la résiliation pour défaut de paiement ou défaut d'assurance et ordonner l'expulsion	100,0	83,1	45,2	37,0	0,8	15,9	1,7	14,2
52A	Dde en paiement des fermages ou loyers et/ou tendant à faire prononcer ou constater la résiliation du bail pour défaut de paiement et prononcer l'expulsion	100,0	61,1	36,4	20,2	4,5	0,0	0,0	0,0
53B	Prêt - Demande en remboursement du prêt	100,0	14,8	14,2	0,1	0,5	82,1	1,7	80,4
53F	Crédit-bail ou leasing - Dde en paiement des loyers et/ou en résiliation du crédit-bail	100,0	6,5	6,1	0,1	0,3	84,5	2,3	82,2
53I	Cautionnement - Dde en paiement formée contre la caution seule	100,0	4,5	3,6	0,1	0,8	19,7	6,7	13,0
54B	Dde en paiement du prix formée par le sous-traitant contre l'entrepreneur principal	100,0	18,0	10,0	1,0	7,0	38,7	23,9	14,8
54C	Dde en paiement du prix formée par le constructeur contre le maître de l'ouvrage ou son garant	100,0	27,4	15,6	1,5	10,3	7,8	3,8	4,0

54D	Dde en paiement direct du prix formée par le sous-traitant contre le maître de l'ouvrage	100,0	14,5	9,3	0,5	4,7	16,7	7,1	9,6
55A	Dde en paiement du prix du transport	100,0	25,8	15,5	6,5	3,9	42,2	36,1	6,1
56B	Dde en paiement du prix, ou des honoraires formée contre le client et/ou tendant à faire sanctionner le non-paiement du prix, ou des honoraires	100,0	13,4	4,7	0,7	8,1	80,7	68,3	12,5
57A	Dde en paiement ou en indemnisation formée par un intermédiaire	100,0	23,3	7,7	0,6	14,9	48,1	32,0	16,1
58D	Dde en paiement des primes, ou cotisations, formée contre l'assuré	100,0	3,9	0,7	0,0	3,2	95,6	84,7	10,9
59B	Dde en paiement relative à un autre contrat	100,0	10,3	4,0	0,4	5,9	74,9	41,7	33,2
59D	Dde en paiement relative à un contrat non qualifié	100,0	39,6	16,7	5,5	17,4	18,5	13,5	5,0
72A	Dde en paiement des charges ou des contributions	100,0	74,9	36,1	2,6	36,2	12,5	8,4	4,2
88C	Dde en paiement de cotisations, majorations de retard et/ou pénalités	100,0	7,7	3,3	0,0	4,4	41,0	27,2	13,8
88D	Demande en remboursement de cotisations	100,0	28,6	4,1	0,2	24,3	69,5	61,5	8,0
88E	Dde en paiement de prestations	100,0	17,4	2,2	0,2	15,0	78,9	72,6	6,3
88H	Autres demandes d'un organisme, ou au profit d'un organisme, en paiement, remboursement ou dommages-intérêts	100,0	31,5	3,7	0,0	27,8	66,4	59,2	7,2
<p>* Données provisoires, ** hors injonctions de payer du tribunal de commerce et du TGI à compétence commerciale.</p> <p>Source ; SDSSED répertoire général civil</p> <p style="text-align: right;"><i>Direction des affaires civiles et du sceau Pôle d'évaluation de la justice civile</i></p>									

Répartition des demandes en paiement formées en 2009 par nature d'affaire % selon la juridiction saisie et la voie procédurale utilisée (suite)

Nature d'affaire		TGI			TGI cc			Tribunal de commerce			
		<i>Total</i>	Fond	Référ é	<i>Total</i>	Fond	Référ é	<i>Total</i>	Fond	Référé	Injonctions de payer
	Total	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	ND
31B	V. Fds de comm.Dde en paiement du prix et/ou tendant à faire sanctionner le non-paiement du prix	1,3	0,9	2,6	6,9	8,6	2,8	0,2	0,2	0,3	
32B	Loc gér. Fds comm. Dde en paiement formée contre le loueur et/ou le locataire-gérant	0,1	0,0	0,1	0,2	0,2	0,1	0,0	0,0	0,0	
38B	Dde en paiement par le porteur, d'une lettre de change, d'un billet à ordre	0,1	0,1	0,1	0,7	0,8	0,5	0,2	0,1	0,3	
38C	Dde en paiement du solde du compte bancaire	2,8	3,6	0,5	5,0	6,7	1,1	1,5	1,9	0,4	
50B	Vente Dde en paiement du prix ou tendant à faire sanctionner le non-paiement du prix	10,7	7,4	20,1	37,4	30,9	52,5	56,5	49,4	79,2	
51A	Dde en paiement des loyers et des charges et/ou tendant à faire prononcer ou constater la résiliation pour défaut de paiement ou défaut d'assurance et ordonner l'expulsion	4,5	1,9	12,0	0,2	0,2	0,3	0,2	0,2	0,3	
52A	Dde en paiement des fermages ou loyers et/ou tendant à faire prononcer ou constater la résiliation du bail pour défaut de paiement et prononcer l'expulsion	0,2	0,1	0,3	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,1	
53B	Prêt - Demande en remboursement du prêt	31,1	39,5	6,5	11,1	15,1	1,8	1,4	1,6	0,7	
53F	Crédit-bail ou leasing - Dde en paiement des loyers et/ou en résiliation du crédit-bail	1,6	1,8	1,2	1,2	1,0	1,5	0,9	0,8	1,1	
53I	Cautionnement - Dde en paiement formée contre la caution seule	6,0	7,9	0,5	5,7	7,6	1,4	1,6	2,1	0,1	
54B	Dde en paiement du prix formée par le sous-traitant contre l'entrepreneur principal	0,8	0,5	1,6	1,3	0,9	2,4	0,1	0,1	0,1	

54C	Dde en paiement du prix formée par le constructeur contre le maître de l'ouvrage ou son garant	7,9	7,0	10,5	2,2	2,0	2,4	0,2	0,2	0,3	
54D	Dde en paiement direct du prix formée par le sous-traitant contre le maître de l'ouvrage	0,9	0,7	1,5	0,7	0,5	1,2	0,1	0,1	0,1	
55A	Dde en paiement du prix du transport	0,0	0,0	0,1	0,9	0,9	0,8	0,4	0,4	0,4	
56B	Dde en paiement du prix, ou des honoraires formée contre le client et/ou tendant à faire sanctionner le non-paiement du prix, ou des honoraires	7,6	5,9	12,6	14,4	10,5	23,6	6,0	4,7	10,2	
57A	Dde en paiement ou en indemnisation formée par un intermédiaire	1,9	2,2	0,9	1,1	1,2	0,7	0,2	0,3	0,1	
58D	Dde en paiement des primes, ou cotisations, formée contre l'assuré	0,3	0,2	0,4	0,2	0,3	0,0	0,1	0,1	0,0	
59B	Dde en paiement relative à un autre contrat	3,7	3,8	3,1	4,4	4,8	3,4	2,9	3,0	2,6	
59D	Dde en paiement relative à un contrat non qualifié	2,4	1,4	5,3	4,4	5,1	2,7	4,4	4,8	3,3	
72A	Dde en paiement des charges ou des contributions	10,9	8,8	16,8	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	
88C	Dde en paiement de cotisations, majorations de retard et/ou pénalités	3,7	4,1	2,7	2,0	2,5	0,9	22,9	30,0	0,5	
88D	Demande en remboursement de cotisations	0,3	0,2	0,3	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	
88E	Dde en paiement de prestations	0,5	0,6	0,2	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	
88H	Autres demandes d'un organisme, ou au profit d'un organisme, en paiement, remboursement ou dommages-intérêts	0,9	1,2	0,2	0,0	0,0	0,1	0,0	0,0	0,0	

* Données provisoires, ** hors injonctions de payer du tribunal de commerce et du TGI à compétence commerciale.

Source ; SDSED répertoire général civil

Direction des affaires civiles et du sceau Pôle d'évaluation de la justice civile

Structure des contentieux de l'impayé par juridiction saisie et type de procédure %

Nature d'affaire		Total	TI et J. de proximité fond et référé*			jprox Fond	Injonction de payer*		
			Total	TI Fond	TI Référé		Total	jprox	TI
	Total	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0
31B	V. Fds de comm. Dde en paiement du prix et/ou tendant à faire sanctionner le non-paiement du prix	0,1	0,2	0,1	0,0	0,7	0,0	0,0	0,0
32B	Loc gér. Fds comm. Dde en paiement formée contre le loueur et/ou le locataire-gérant	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0
38B	Dde en paiement par le porteur, d'une lettre de change, d'un billet à ordre	0,1	0,0	0,0	0,0	0,2	0,1	0,1	0,1
38C	Dde en paiement du solde du compte bancaire	2,4	1,6	2,6	0,0	0,4	2,8	1,2	3,6
50B	Vente Dde en paiement du prix ou tendant à faire sanctionner le non-paiement du prix	9,4	4,3	3,0	0,7	13,8	4,2	9,2	1,7
51A	Dde en paiement des loyers et des charges et/ou tendant à faire prononcer ou constater la résiliation pour défaut de paiement ou défaut d'assurance et ordonner l'expulsion	15,8	49,5	45,2	94,3	2,9	4,1	1,3	5,6
52A	Dde en paiement des fermages ou loyers et/ou tendant à faire prononcer ou constater la résiliation du bail pour défaut de paiement et prononcer l'expulsion	0,0	0,0	0,0	0,1	0,0	0,0	0,0	0,0
53B	Prêt - Demande en remboursement du prêt	37,3	20,9	33,5	0,5	4,3	50,5	3,0	74,3
53F	Crédit-bail ou leasing - Dde en paiement des loyers et/ou en résiliation du crédit-bail	1,5	0,4	0,6	0,0	0,1	2,1	0,2	3,1
53I	Cautionnement - Dde en paiement formée contre la caution seule	0,5	0,1	0,1	0,0	0,1	0,2	0,2	0,2
54B	Dde en paiement du prix formée par le sous-traitant contre l'entrepreneur principal	0,1	0,1	0,1	0,0	0,2	0,1	0,1	0,0
54C	Dde en paiement du prix formée par le constructeur contre le maître de l'ouvrage ou son garant	0,4	0,4	0,4	0,1	1,0	0,1	0,1	0,0

54D	Dde en paiement direct du prix formée par le sous-traitant contre le maître de l'ouvrage	0,1	0,0	0,0	0,0	0,1	0,0	0,0	0,0
55A	Dde en paiement du prix du transport	0,1	0,1	0,1	0,1	0,1	0,1	0,2	0,0
56B	Dde en paiement du prix, ou des honoraires formée contre le client et/ou tendant à faire sanctionner le non-paiement du prix, ou des honoraires	14,6	7,4	4,3	1,6	26,1	19,4	49,0	4,5
57A	Dde en paiement ou en indemnisation formée par un intermédiaire	0,3	0,3	0,1	0,0	1,0	0,2	0,5	0,1
58D	Dde en paiement des primes, ou cotisations, formée contre l'assuré	3,1	0,5	0,1	0,0	2,2	4,9	13,0	0,8
59B	Dde en paiement relative à un autre contrat	2,7	1,1	0,7	0,2	3,6	3,4	5,6	2,2
59D	Dde en paiement relative à un contrat non qualifié	1,2	1,8	1,3	1,1	4,7	0,4	0,8	0,1
72A	Dde en paiement des charges ou des contributions	2,7	7,7	6,3	1,2	22,0	0,6	1,1	0,3
88C	Dde en paiement de cotisations, majorations de retard et/ou pénalités	4,4	1,3	0,9	0,0	4,3	3,0	5,9	1,5
88D	Demande en remboursement de cotisations	0,4	0,5	0,1	0,0	2,3	0,5	1,3	0,1
88E	Dde en paiement de prestations	0,4	0,3	0,1	0,0	1,4	0,5	1,5	0,1
88H	Autres demandes d'un organisme, ou au profit d'un organisme, en paiement, remboursement ou dommages-intérêts	1,4	1,7	0,3	0,0	8,6	1,5	4,1	0,2
<p>* Données provisoires, ** hors injonctions de payer du tribunal de commerce et du TGI à compétence commerciale.</p> <p>Source ; SDSSED répertoire général civil</p> <p>Direction des affaires civiles et du sceau Pôle d'évaluation de la justice civile</p>									

Structure des contentieux de l'impayé par juridiction saisie et type de procédure % (suite)

Nature d'affaire		TGI			TGI cc			Tribunal de commerce			
		<i>Total</i>	Fond	Référé	<i>Total</i>	Fond	Référé	<i>Total</i>	Fond	Référé	Injonctions de payer
	Total	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	ND
31B	V. Fds de comm. Dde en paiement du prix et/ou tendant à faire sanctionner le non-paiement du prix	1,3	0,9	2,6	6,9	8,6	2,8	0,2	0,2	0,3	
32B	Loc gér. Fds comm. Dde en paiement formée contre le loueur et/ou le locataire-gérant	0,1	0,0	0,1	0,2	0,2	0,1	0,0	0,0	0,0	
38B	Dde en paiement par le porteur, d'une lettre de change, d'un billet à ordre	0,1	0,1	0,1	0,7	0,8	0,5	0,2	0,1	0,3	
38C	Dde en paiement du solde du compte bancaire	2,8	3,6	0,5	5,0	6,7	1,1	1,5	1,9	0,4	
50B	Vente Dde en paiement du prix ou tendant à faire sanctionner le non-paiement du prix	10,7	7,4	20,1	37,4	30,9	52,5	56,5	49,4	79,2	
51A	Dde en paiement des loyers et des charges et/ou tendant à faire prononcer ou constater la résiliation pour défaut de paiement ou défaut d'assurance et ordonner l'expulsion	4,5	1,9	12,0	0,2	0,2	0,3	0,2	0,2	0,3	
52A	Dde en paiement des fermages ou loyers et/ou tendant à faire prononcer ou constater la résiliation du bail pour défaut de paiement et prononcer l'expulsion	0,2	0,1	0,3	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,1	
53B	Prêt - Demande en remboursement du prêt	31,1	39,5	6,5	11,1	15,1	1,8	1,4	1,6	0,7	
53F	Crédit-bail ou leasing - Dde en paiement des loyers et/ou en résiliation du crédit-bail	1,6	1,8	1,2	1,2	1,0	1,5	0,9	0,8	1,1	
53I	Cautionnement - Dde en paiement formée contre la caution seule	6,0	7,9	0,5	5,7	7,6	1,4	1,6	2,1	0,1	
54B	Dde en paiement du prix formée par le sous-traitant contre l'entrepreneur principal	0,8	0,5	1,6	1,3	0,9	2,4	0,1	0,1	0,1	
54C	Dde en paiement du prix formée par le constructeur contre le maître de l'ouvrage ou son garant	7,9	7,0	10,5	2,2	2,0	2,4	0,2	0,2	0,3	

54D	Dde en paiement direct du prix formée par le sous-traitant contre le maître de l'ouvrage	0,9	0,7	1,5	0,7	0,5	1,2	0,1	0,1	0,1	
55A	Dde en paiement du prix du transport	0,0	0,0	0,1	0,9	0,9	0,8	0,4	0,4	0,4	
56B	Dde en paiement du prix, ou des honoraires formée contre le client et/ou tendant à faire sanctionner le non-paiement du prix, ou des honoraires	7,6	5,9	12,6	14,4	10,5	23,6	6,0	4,7	10,2	
57A	Dde en paiement ou en indemnisation formée par un intermédiaire	1,9	2,2	0,9	1,1	1,2	0,7	0,2	0,3	0,1	
58D	Dde en paiement des primes, ou cotisations, formée contre l'assuré	0,3	0,2	0,4	0,2	0,3	0,0	0,1	0,1	0,0	
59B	Dde en paiement relative à un autre contrat	3,7	3,8	3,1	4,4	4,8	3,4	2,9	3,0	2,6	
59D	Dde en paiement relative à un contrat non qualifié	2,4	1,4	5,3	4,4	5,1	2,7	4,4	4,8	3,3	
72A	Dde en paiement des charges ou des contributions	10,9	8,8	16,8	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	
88C	Dde en paiement de cotisations, majorations de retard et/ou pénalités	3,7	4,1	2,7	2,0	2,5	0,9	22,9	30,0	0,5	
88D	Demande en remboursement de cotisations	0,3	0,2	0,3	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	
88E	Dde en paiement de prestations	0,5	0,6	0,2	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	
88H	Autres demandes d'un organisme, ou au profit d'un organisme, en paiement, remboursement ou dommages-intérêts	0,9	1,2	0,2	0,0	0,0	0,1	0,0	0,0	0,0	

* Données provisoires, ** hors injonctions de payer du tribunal de commerce et du TGI à compétence commerciale.

Source : SDSED répertoire général civil

Direction des affaires civiles et du sceau Pôle d'évaluation de la justice civile

Demandes en paiement formées en 2009 par nature d'affaire, juridiction saisie et type de procédure

Nature d'affaire		Total	TI et J. de proximité fond et référé*			jprox Fond	Injonction de payer*		
			Total	TI Fond	TI Référé		Total	jprox	TI
	Total	1 066 636	285 039	169 995	66 603	48 441	643 303	215 008	428 295
53B	Prêt - Demande en remboursement du prêt	401 318	<i>59 441</i>	57 021	351	2 069	<i>329 440</i>	6 622	322 818
51A	Dde en paiement des loyers et des charges et/ou tendant à faire prononcer ou constater la résiliation pour défaut de paiement ou défaut d'assurance et ordonner l'expulsion	169 718	<i>140 980</i>	76 781	62 817	1 382	<i>27 005</i>	2 826	24 179
56B	Dde en paiement du prix, ou des honoraires formée contre le client et/ou tendant à faire sanctionner le non-paiement du prix, ou des honoraires	156 885	<i>21 024</i>	7 318	1 057	12 649	<i>126 635</i>	107 088	19 547
50B	Vente Dde en paiement du prix ou tendant à faire sanctionner le non-paiement du prix	101 679	<i>12 245</i>	5 108	437	6 700	<i>27 638</i>	20 147	7 491
88C	Dde en paiement de cotisations, majorations de retard et/ou pénalités	47 391	<i>3 656</i>	1 577	17	2 062	<i>19 449</i>	12 914	6 535
58D	Dde en paiement des primes, ou cotisations, formée contre l'assuré	33 644	<i>1 317</i>	245	5	1 067	<i>32 155</i>	28 482	3 673
72A	Dde en paiement des charges ou des contributions	29 464	<i>22 082</i>	10 633	770	10 679	<i>3 694</i>	2 464	1 230
59B	Dde en paiement relative à un autre contrat	29 362	<i>3 028</i>	1 179	120	1 729	<i>21 997</i>	12 255	9 742
38C	Dde en paiement du solde du compte bancaire	25 369	<i>4 601</i>	4 370	16	215	<i>18 068</i>	2 550	15 518
53F	Crédit-bail ou leasing - Dde en paiement des loyers et/ou en résiliation du crédit-bail	16 123	<i>1 040</i>	983	10	47	<i>13 625</i>	371	13 254
88H	Autres demandes d'un organisme, ou au profit d'un organisme, en paiement, remboursement ou dommages-intérêts	15 045	<i>4 741</i>	557	7	4 177	<i>9 986</i>	8 905	1 081
59D	Dde en paiement relative à un contrat non qualifié	13 026	<i>5 154</i>	2 169	714	2 271	<i>2 411</i>	1 763	648
53I	Cautionnement - Dde en paiement formée contre la caution seule	5 113	<i>228</i>	183	4	41	<i>1 009</i>	344	665
88D	Demande en remboursement de cotisations	4 675	<i>1 336</i>	190	11	1 135	<i>3 250</i>	2 876	374

54C	Dde en paiement du prix formée par le constructeur contre le maître de l'ouvrage ou son garant	4 602	<i>1 262</i>	717	71	474	<i>360</i>	174	186
88E	Dde en paiement de prestations	4 552	<i>792</i>	101	9	682	<i>3 591</i>	3 305	286
57A	Dde en paiement ou en indemnisation formée par un intermédiaire	3 144	<i>732</i>	243	20	469	<i>1 511</i>	1 005	506
31B	V. Fds de comm. Dde en paiement du prix et/ou tendant à faire sanctionner le non-paiement du prix	1 468	<i>497</i>	137	20	340	<i>0</i>	0	
55A	Dde en paiement du prix du transport	1 390	<i>359</i>	215	90	54	<i>587</i>	502	85
54B	Dde en paiement du prix formée par le sous-traitant contre l'entrepreneur principal	1 064	<i>191</i>	106	11	74	<i>412</i>	254	158
38B	Dde en paiement par le porteur, d'une lettre de change, d'un billet à ordre	707	<i>113</i>	28	2	83	<i>374</i>	116	258
54D	Dde en paiement direct du prix formée par le sous-traitant contre le maître de l'ouvrage	635	<i>92</i>	59	3	30	<i>106</i>	45	61
52A	Dde en paiement des fermages ou loyers et/ou tendant à faire prononcer ou constater la résiliation du bail pour défaut de paiement et prononcer l'expulsion	198	<i>121</i>	72	40	9	<i>0</i>	0	0
32B	Loc gér. Fds comm. Dde en paiement formée contre le loueur et/ou le locataire-gérant	64	<i>7</i>	3	1	3	<i>0</i>	0	0
<p>* Données provisoires, ** hors injonctions de payer du tribunal de commerce et du TGI à compétence commerciale.</p> <p>Source ; SDSED répertoire général civil</p> <p style="text-align: right;"><i>Direction des affaires civiles et du sceau Pôle d'évaluation de la justice civile</i></p>									

Demandes en paiement formées en 2009 par nature d'affaire, juridiction saisie et type de procédure (suite)

Nature d'affaire		TGI			TGI cc			Tribunal de commerce			
		<i>Total</i>	Fond	Réfèr é	<i>Total</i>	Fond	Réfèr é	<i>Total</i>	Fond	Référé	Injonctions de payer
	Total	33 959	25 305	8 654	4 262	2 988	1 276	100 073	76 093	23 980	ND
53B	Prêt - Demande en remboursement du prêt	10 557	9 991	566	475	452	23	1 405	1 246	159	
51A	Dde en paiement des loyers et des charges et/ou tendant à faire prononcer ou constater la résiliation pour défaut de paiement ou défaut d'assurance et ordonner l'expulsion	1 518	482	1 036	9	5	4	206	123	83	
56B	Dde en paiement du prix, ou des honoraires formée contre le client et/ou tendant à faire sanctionner le non-paiement du prix, ou des honoraires	2 578	1 490	1 088	615	314	301	6 033	3 597	2 436	
50B	Vente Dde en paiement du prix ou tendant à faire sanctionner le non-paiement du prix	3 624	1 883	1 741	1 594	924	670	56 578	37 593	18 985	
88C	Dde en paiement de cotisations, majorations de retard et/ou pénalités	1 262	1 030	232	86	75	11	22 938	22 807	131	
58D	Dde en paiement des primes, ou cotisations, formée contre l'assuré	93	59	34	8	8		71	65	6	
72A	Dde en paiement des charges ou des contributions	3 688	2 230	1 458							
59B	Dde en paiement relative à un autre contrat	1 243	971	272	187	144	43	2 907	2 294	613	
38C	Dde en paiement du solde du compte bancaire	958	913	45	213	199	14	1 529	1 430	99	
53F	Crédit-bail ou leasing - Dde en paiement des loyers et/ou en résiliation du crédit-bail	553	447	106	50	31	19	855	581	274	
88H	Autres demandes d'un organisme, ou au profit d'un organisme, en paiement, remboursement ou dommages-intérêts	318	304	14	0	0	1	0	0	0	
59D	Dde en paiement relative à un contrat non qualifié	825	366	459	187	153	34	4 449	3 669	780	
53I	Cautionnement - Dde en paiement formée contre la caution seule	2 030	1 990	40	245	227	18	1 601	1 581	20	

88D	Demande en remboursement de cotisations	89	63	26	0	0	0	0	0	0	
54C	Dde en paiement du prix formée par le constructeur contre le maître de l'ouvrage ou son garant	2 678	1 769	909	92	61	31	210	146	64	
88E	Dde en paiement de prestations	169	154	15	0	1	0	0	0	0	
57A	Dde en paiement ou en indemnisation formée par un intermédiaire	640	566	74	46	37	9	215	195	20	
31B	V. Fds de comm. Dde en paiement du prix et/ou tendant à faire sanctionner le non-paiement du prix	440	216	224	294	258	36	237	155	82	
55A	Dde en paiement du prix du transport	7	2	5	38	28	10	399	305	94	
54B	Dde en paiement du prix formée par le sous-traitant contre l'entrepreneur principal	277	139	138	56	26	30	128	98	30	
38B	Dde en paiement par le porteur, d'une lettre de change, d'un billet à ordre	23	13	10	29	23	6	168	101	67	
54D	Dde en paiement direct du prix formée par le sous-traitant contre le maître de l'ouvrage	317	189	128	30	15	15	90	72	18	
52A	Dde en paiement des fermages ou loyers et/ou tendant à faire prononcer ou constater la résiliation du bail pour défaut de paiement et prononcer l'expulsion	54	32	22	0	0	0	23	11	12	
32B	Loc gér. Fds comm. Dde en paiement formée contre le loueur et/ou le locataire-gérant	18	6	12	8	7	1	31	24	7	

* Données provisoires, ** hors injonctions de payer du tribunal de commerce et du TGI à compétence commerciale.

Source : SDSED répertoire général civil

Direction des affaires civiles et du scea Pôle d'évaluation de la justice civile

	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003
PERSONNES	1 073 942	1 346 106	1 273 245	1 198 318	1 180 162	1 184 447	1 215 230	1 376 520	1 658 649	1 829 648	1 914 421	2 057 390
INCIDENTS	1 424 261	1 901 972	1 806 955	1 679 190	1 534 827	1 368 216	1 320 180	1 562 683	2 043 353	2 359 760	2 552 419	2 769 547
MESURES	167 702	214 256	227 015	227 331	286 225	376 782	421 611	434 580	479 612	518 198	532 853	567 184

	2004	2005	2006	2007	2008
PERSONNES	2 199 801	2 273 294	2 301 133	2 351 879	2 408 502
INCIDENTS	2 929 123	2 961 853	2 935 347	2 997 761	3 124 769
MESURES	646 847	717 860	767 442	769 651	790 573

BIBLIOGRAPHIE

I Ouvrages généraux, traités et manuels

ANCEL (P.), Droit des sûretés, Litec 5^e éd., 2008.

BONFILS (Ph.), Droit pénal des affaires, Montchrestien 2009.

CADIET (L.) (dir.), Dictionnaire de la justice, PUF 2004.

CADIET (L.), **JEULAND (E.)**, Droit judiciaire privé, Litec 6^e éd., 2009.

CALAIS-AULOY (J.), **TEMPLE (H.)**, Droit de la consommation, 8^e éd. Dalloz 2010.

CAMOUS (E.), Règlements non-juridictionnels des litiges de la consommation – contribution critique à l’analyse des modes alternatifs de règlement des conflits, LGDJ 2002.

CARBONNIER (J.), Sociologie juridique, PUF, 1978.

CHAPUT (Y.), Droit de la prévention et du règlement amiable des difficultés des entreprises, PUF 1986.

CORNU (G.), **FOYER (J.)**, Procédure civile, PUF 1996.

GUYON (Y.), Droit des affaires tome 2, entreprises en difficultés redressement judiciaire-faillite, 6^e éd. 1997.

CABRILLAC (M.), **MOULY (C.)**, Droit des sûretés, 7^e éd., Litec, 2004.

GAVALDA (C.), STOUFFLET (J.), Instruments de paiement et de crédit, effets de commerce, chèque, carte de paiement, transfert de fonds, 4^e éd. Litec 2001.

HERON (J.), LE BARS (T.), Droit judiciaire privé, 3^e éd. Montchrestien 2006.

KELSEN (H.), Théorie pure du droit, traduit par Charles EISENMANN, LGDJ 1999.

LARROUMET (C.) (dir.), Droit civil, Les obligations Le contrat, Tome III, 5^e éd., Economica, 2003.

MALAURIE (Ph.) et AYNES (L.) GAUTIER (P.-Y.) Defrénois-Lextenso 2009.

MALAURIE (Ph.) et AYNES (L.), Droit civil, Les obligations, éd. Cujas 2001.

PEROCHON (F.), BONHOMME (R.), Entreprises en difficulté – Instruments de crédit et de paiement, 5^e éd. LGDJ 2001.

Entreprises en difficulté, instruments de crédit et de paiement, 7^e éd. LGDJ 2006.

PERROT (R.), THERY (Ph.), Procédures civiles d'exécution, 2^e éd. Dalloz 2005.

PIZZIO (J. P.), Code de la consommation, 2^e éd. Monchrestien 1996.

ROLAND (H.), STARCK (B.), BOYER (L.), Obligations, 5^e éd. Régime général, Litec 1997.

SERVERIN (E.), De la jurisprudence en droit privé, théorie d'une pratique, Presses universitaires de Lyon, 1985.

TERRE (F.), SIMLER (Ph.), LEQUETTE (Y.), Droit civil les obligations, Dalloz 2009.

VERON (M.), Droit pénal des affaires, Dalloz 8^e éd. 2009.

II Ouvrages spéciaux, thèses, monographies

ANCEL (P.) (dir.), L'évolution du contentieux de l'impayé : éviction du juge ou déplacement du rôle du juge ? CERCRID juin 2009.

ANCEL (P.) (dir.) et **RIVIER (M.-C.)** (dir.) Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends, economica, 2001.

ANCEL (P.) (dir.) et **RIVIER (M.-C.)** (dir.), Les divergences de jurisprudence, CERCRID-Saint-Etienne, 2003.

ANDREU (J.), Banque et affaires dans le monde romain, (IV^e siècle av. J.-C.-III^e siècle ap. J.-C.), éd. du Seuil, 2001.

BECQUE-ICKOWICZ (S.), Le parallélisme des formes en droit privé, éd. Panthéon-Assas, Droit privé, 2004.

BOGAERT (R.), Les origines antiques de la banque de dépôt, A. W. Sijthoff-Leyde, 1966.

BOILLOT (C.), La transaction et le juge, PUCF-LGDJ 2003, dir. P. LE CANNU.

CADIET (L.) (dir.), **CLAY (T.)**, **JEULAND (E.)**, Médiation et arbitrage, Alternative dispute resolution, Alternative à la justice ou justice alternative ? Perspectives comparatives, Litec, 2005.

CONDAMIN-MEUNIER (E.), Les devoirs du créancier à l'égard de son débiteur, Université de Bourgogne, 2000, dir. M. BOUTELET.

COPPENS (Ph.), Normes et fonctions de juger, LGDJ 1998.

DE BOISSESON (M.), Le droit français de l'arbitrage interne et international, éd. Joly 1990.

EL-AHDAB (J.), La clause compromissoire et les tiers, Université Paris I, juin 2003, dir. Y. GUYON.

FABRE-MAGNAN (M.), De l'obligation d'information dans les contrats, essai d'une théorie, LGDJ 1992.

FADLALLAH (I.), (dir.) : Le droit du crédit au consommateur, Litec 1982.

FILALI (O.) (dir.), Vers un code européen de la consommation, Bruylant Bruxelles 1998.

GAMDJI (M.), La sécurité du chèque : prévention et répression de l'émission de chèques irréguliers, L'Harmattan 1998.

GHOZI (A.), La modification de l'obligation par la volonté des parties, LGDJ, 1980.

GJIDARA (S.), L'endettement et le droit privé, LGDJ, 1999.

GAVALDA (C.), Responsabilité professionnelle du banquier : Contribution à la protection des clients de banque, Economica, 1978.

GOUT (O.), Le juge et l'annulation du contrat, université Jean Monnet 1998, dir. P. ANCEL ; Presses universitaires d'Aix Marseille 1999.

GUINCHARD (S.) (dir.), L'ambition raisonnée d'une justice apaisée, La Documentation française juin 2008.

HAMDANI (A.), Le scoring et la prévention du risque bancaire, Université de Montpellier 2, 1991.

Le Médiateur de la République (dir.), La médiation : quel avenir ? 5 et 6 février 1998 Grand Amphithéâtre de La Sorbonne.

LINANT DE BELLEFOND (X.), **HOLLANDE (A.)**, L'arbitrage et la médiation, PUF 2003.

MARTIN (G.) (dir.): Les transformations de la régulation juridique : Droit et société, LGDJ, 1988.

MAZEAUD (D.), La notion de clause pénale, LGDJ 1992.

NEUVILLE (S.), Le plan en droit privé, LGDJ, 1998.

OGIER (C.), Les conflits d'intérêt, Université Jean Monnet 2009, dir. M.-C. RIVIER, J. MORET-BAILLY.

OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES (C.), Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles, Université de Paris 2, 2000, dir. Y. LEQUETTE ; Dalloz 2002.

PELLET (C.), L'avenant au contrat, Université de Paris 1, nov. 2008, dir. STOFFEL-MUNCK (Ph.).

PELLETIER (C.), La caducité des actes juridiques en droit privé français, éd. L'Harmattan, 2004.

PERRU (E.), L'impayé, LGDJ 2005.

PEZARD (A.), Droit des marchés monétaire et boursier, éditions J.N.A., 1994.

RIVIER (M.-C.) (dir.), Les modes alternatifs de règlement des conflits, un objet nouveau dans le discours des juristes français ? mai 2001.

ROUTIER (R.), La responsabilité du banquier, LGDJ 1997.

SERAGLINI (C.), Lois de police et justice arbitrale internationale, Dalloz 2001.

SERVERIN (E.), Sociologie du droit, éd. La Découverte, 2000.

SOUSTELLE (Ph.), Les délais judiciaires différant l'exécution de l'obligation, dir. P. ANCEL, Université Jean Monnet 1996.

THULLIER (B.) (dir.), **SINOPOLI (L.)** (dir.), **LEPLAT (F.)** (dir.), La prise en charge de l'impayé contractuel en matière civile et commerciale, CEDCACE CRIJE janvier 2010.

VAN PRAAG (N.), Crédit management et crédit scoring, economica, Gestion poche 1995.

VEZIAN (J.), La responsabilité du banquier en droit privé français, 3^e éd., Litec 1983.

WOOG (J.-C.), La stratégie du créancier, Dalloz 1998.

III Articles et chroniques

ADAM (S.), « Consumer complaint arbitration, the corporate view », the arbitration journal, december 1988, 41.

ALLIEZ (C.), La réforme de l'office du juge en droit de la consommation, LPA 2 juill. 2009.

ANCEL (P.), Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat, RTD civ. 1999. 771.

Arbitrage et novation, Rev. arb. 2002, n° 1.

Arbitrage, J.-cl. Proc. Civ. Fasc. 1024.

ARMAND-PREVOST (M.), La médiation trop connue, mal connue, méconnue, Gaz. Pal. 12 janv. 2006, n° 10, p. 2 s ; n°12, p. 11 s.

ATTARD (J.), Crédits à la consommation : du devoir du prêteur de contrôler les informations fournies par l'emprunteur lors de la conclusion du contrat, Petites affiches, 21/12/2007.

AVENA-ROBARDET (V.), Loi MURCEF du 11 déc. 2001, D. 2002. 186.

AYNES (L.), La réforme du cautionnement par la loi Dutreil, Droit et patrimoine 2003, n° 120, p. 28 et s.

Formalisme et prévention, in Le droit du crédit au consommateur, ouvr. Coll. ss. La dir. de I. Fadlallah, n° 15.

BAC (A.), Le point de vue des établissements de crédit sur l'ordonnance du 23 mars 2006, Revue Lamy droit des affaires, 01/07/2006, n° 7, p. 37 s.

BEGUIN (J.), **ORTSCHEIDT (J.)**, **SERAGLINI (C.)**, Droit de l'arbitrage, JCP G 2007, I, 216.

Droit de l'arbitrage, JCP G 2007, I, 168.

BOUCOBZA (X.), L'arbitrage en matière financière, Droit et patrimoine, juin 2002, p. 73 s.

BOULOC (B.), Vente transports et autres contrats commerciaux, RTD com. Oct.-déc.1998, P. 906 et s.

BRICQ (N.), Rapport Assemblée nationale n° 3028, Mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier, p. 47.

BRIERE (C.), L'option de compétence de l'article 5-3 de la Convention de Bruxelles : Cass. civ. 1^{re}, 17 janvier 2006, pourvoi n° 02-12.745 (1^{re} espèce) ; 31 janvier 2006, pourvoi n° 03-16.980 (2^e espèce) ; 30 octobre 2006, pourvoi n° 04-19.853 (3^e espèce) et 21 novembre 2006, pourvoi n° 04-16.612 (4^e espèce), Les Petites Affiches, 31 juillet 2007, n° 152, p. 9 et s.

BAZIN (E.), Le devoir du prêteur d'éclairer l'emprunteur consommateur sur les risques encourus lors de la conclusion d'un crédit. Revue Lamy droit des affaires, perspectives et études 2007.

Encore le devoir de mise en garde du banquier : il s'applique également en matière de renégociation d'un prêt. Revue Lamy Droit du financement 02-2008.

L'exigence de loyauté dans les contrats de consommation, Revue Lamy Droit des affaires perspectives et études 2008.

BAZIN (E.) et ROUSSEL (D.), Délai de forclusion et injonction de payer, Gaz. Pal. 1995. 2, doct. 956 s.

BERNARDEAU (L.), Le droit de rétractation du consommateur, JCP G, 5avr. 2000 I, 218.

BEROUJON (C.), Contentieux au singulier et jurisprudence au pluriel, RTD civ. 1995. 587.

BONNEAU (T.), Des nouveautés bancaires et financières issues de la loi n° 2001-1168 du 11 déc. 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier, JCP E 2002, n° 3.

BORE (L.), « L'action en représentation conjointe : Class action française ou action mort-née ? » D. 1995, Chron. 267.

BOUTEILLER (P.), Les nouvelles mesures régissant les relations entre les établissements de crédit et leurs clients, Revue Lamy droit des affaires 2008.

BRAGANTINI-BONNET (C.), L'anatocisme conventionnel, JCP E n° 19, 8 mai 2008, 1579.

BRAHIC-LAMBREY (C.), Injonction de payer, Rép. Civ. Dalloz, éd. 2009.

CABANIS (A.), L'utilisation du temps par les rédacteurs du code civil, Mélanges Hébraud, p. 171 et s.

CABOTTE (J.-C.), Les établissements de crédit créanciers : dix ans d'évolution législative, JCP E 2006, 2454.

CABRILLAC (M.) et **RIVES-LANGE (J.-L.)**, Crédit et titres de crédit, RTD com. 1972, 660 s.

CABRILLAC (M.) et **LEGEAIS (D.)**, Crédit et titres de crédit, RTD com. Oct./déc. 2005, p. 816 s.

CHAINAIS (C.), et **TAPIE (G.)**, L'injonction de payer : maniement et remaniements, D. 2009 p. 960 s.

CHRISTIANOS (C.), Délai de réflexion : théorie juridique et efficacité de la protection des consommateurs, D. 1993, Chron. 28.

CLAY (T.), Nouvelles perspectives en matière d'arbitrage – ouverture, Droit et patrimoine mai 2002, p. 40 s.

L'efficacité de l'arbitrage, Les petites Affiches, 2 oct. 2003, p. 4.

Qui arrêtera la circulation de la clause compromissoire ? D. 2003, p. 2471.

1804-2004 Le code civil, Dalloz, 2004, p. 692 (une erreur de codification dans le code civil : l'arbitrage).

JCP G n° 14, 4 avril 2007, I, 139.

CHAPUT (Y.), Surendettement des particuliers et des familles. Prévention et règlement. J-Cl. Civ. Art. 1905 à 1908, fasc. 10. 1990, n° 68.

J-Cl. Com. Fasc. 2400 : Redressement et liquidation judiciaires. Plan. Généralités.

CLAY (T.), Qui arrêtera la circulation de la clause compromissoire ? D. 2003, 2471 s.

COMPANA (M.-J.), Prévention – règlement amiable – redressement et liquidation judiciaires, RTD com. Oct.-déc. 1989, p. 727 s.

CONAGLE (M.), « Arbitration of consumers disputes », the arbitration journal, 27, june 1972, 65-84.

COTE (N.), Le nouveau dispositif de traitement du surendettement des particuliers, titre III de la loi n° 2003-710 du 1^{er} août 2003, JCP G 2003, I 175.

COUTURIER (G.), Les finalités et les sanctions du formalisme, Defrénois 15 août 2000, n° 15-16, p. 880 s.

CREDOT (F.), L'octroi de crédits et l'obligation de conseil du banquier, Droit et patrimoine 1994, p. 34.

CREDOT (F.-J.) et SAMIN (T.), Médiateur du crédit, RDBF n° 1, janvier 2009, comm. 6.

Encadrement de la responsabilité pour soutien abusif,
RDBF n° 2, mars 2009, comm. 49.

Réduction ou interruption des crédits et motivation de la
décision, RDBF n° 4, juillet 2009, comm. 115.

CROZE (H.), Injonction de payer électronique, Procédures 2006. comm. 185.

Pouvoir de relever d'office les moyens tirés du code de la consommation,
Procédures 2008, n° 80.

CROZE (H.) et REINHARD (Y.), Procédures collectives et arbitrage : Conseils pratiques aux parties et aux arbitres JCP E, 2005, 567.

CORIAT (J.-P.), La reconnaissance d'un contrat bancaire : le compte courant, RTD com., 1997. 383.

DAIGRE (J.-J.), Loi « MURCEF » et droit bancaire, JCP G mars 2002, I, 117.

DAMMANN (R.), La crise du subprime, D. 2008. Point de vue. 427.

DANA (A.-C.), La sanction de l'interdépendance, p. 455 et s. in Le droit du crédit au consommateur Litec 1982, ouvr. coll. ss. la dir. de I. Fadlallah.

DELEBECQUE (Ph.), La transmission de la clause compromissoire, Rev. arb. 1991. 19.

Arbitrage et droit de la consommation, Droit et patrimoine, mai 2002,
p. 46 s.

DELPECH (X.), Transmission de la clause d'arbitrage dans une chaîne hétérogène de contrats, D. 2007. 2077 s.

Un cadre juridique pour la médiation du crédit, D. 2009, p. 1948.

DESGORGES (R.), Relecture de la théorie du compte courant, RTD com. 1997. 383.

DEUMIER (P.), Protection du consommateur et loi de police : éclaircissement sur le jeu de la convention de Rome (et brouillage sur les règles de compétence judiciaire), RDC, 01/10/2006, n° 4, p. 1253.

La formation de la jurisprudence vue par elle-même, RTD civ. 2006. 521.

Opt-in et opt-out (A propos de nouveaux systèmes d'application des sources du droit des contrats), RDC 01/10/2007, n° 4, p. 1462.

DESDEVISES (Y.), Remarques sur la place de la conciliation dans les textes récents de procédure civile, D. 1981, Chnon. XXXIV

DONDERO (B.), Les apports de la loi MURCEF en matière de droit bancaire, Petites affiches 17 et 18 janv. 2002, p. 4 s.

DUBARRY (J.-C.), Du bon usage et de quelques difficultés de la transaction, RDC, 01/12/2003 n° 1, p. 255 s.

DUBARRY (J.-C.), **LOQUIN (E.)**, Chronique de législation et de jurisprudence française, Arbitrage interne, RTD com. Oct.-dec. 1999, p. 844 s.

DUMOULIN (L.), Le devoir de mise en garde de l'investisseur, Revue de Droit bancaire et financier n° 6, nov. 2007, dossier 31.

DUPICHOT (P.), La fiducie-sûreté en pleine lumière, JCP 2009. I. 132, n° 8.

FAGES (F.), Arbitrage en matière financière : nouvelles perspectives, Gaz. Pal. 18-19 déc. 2002.

FENOUILLET (D.), Nouvelle option de compétence, RDC 2009. 1438.

FLORES (Ph.), **BIARDEAUD (G.)**, L'office du juge et le crédit à la consommation, D. 2009. 2227.

FREMEAUX (E.), **DAUBLON (G.)**, La réforme du droit des sûretés, Defrénois 38420, n° 13-14/06, 1085 s.

FOUCHARD (Ph.), Arbitrage et faillite, Rev. arb. 1993, n° 3.

Réponse ministérielle relative à l'application de l'article 2061 du code civil en matière internationale, Revue de l'arbitrage, 2002, n° 1, p. 241 s.

GAUDIN (L.), L'introduction d'une action de groupe en droit français : présentation du projet de loi en faveur des consommateurs. Petites affiches, 17 janv. 2007, n° 13, p. 3.

GAUTIER (S.), Crédit permanent : martyr des juges du fond, LPA 17 oct. 2005, p. 3 et s.

GAVALDA (C.), Les refus du banquier, JCP 1962. I. 1727.

L'information et la protection des consommateurs dans le domaine de certaines opérations de crédit (commentaire de la loi n° 78-22 du 10 janvier 1978) D. 1978. Chron. 197.

GERARDIN (N.), Le créancier, la caution et le débiteur surendetté, Petites affiches, 31 mars 2000 n° 65, p. 5 s.

GHESTIN (J.), La prophétie réalisée, JCP 1976, I, 2786.

GHOZI (A.), Nature juridique de la production des créances dans les procédures de règlement du passif. RTD com. 1978, p. 1.

GOLDNADEL (J.-M.), L'introduction des class actions en France, Gaz. Pal. 27 sept 2005 n° 270, p. 3.

GORCHS (B.), Le relevé d'office des moyens tirés du code de la consommation : une qualification inappropriée, D. 2010 p. 1300 et s.

GOURIO (A.), L'obligation de remettre une nouvelle offre préalable en cas de renégociation d'un prêt immobilier, JCP N 1998, p. 888.

Le nouveau régime des renégociations de prêts au logement, JCP N 1999, p. 1522.

GOUT (O.), Autonomie de la clause compromissoire en droit de l'arbitrage interne, JCP E 24 oct. 2002, 1555.

La capitalisation des intérêts : éclairage sur un mécanisme réputé obscur, Droit et patrimoine, déc. 2000, p. 26.

L'accès au droit des consommateurs, LPA, 30 mai 2008 n° 109, p. 20.

Un nouveau souffle en matière de relevé d'office de la nullité par le juge, JCP G 2009. Act. 66.

GOYET (Ch.), RONTCHEVSKY (N.), STORCK (M.), Droit des marchés financiers, RTD com. Juill. /sept. 2008.

GRATALOUP (V.), Bâle II aux Etats-Unis, www.agefi.fr, 30/06/2009.

GRIMALDI (M.), L'hypothèque rechargeable et le prêt viager hypothécaire, Revue Lamy droit des affaires 01/07/06 n° 7, p. 28-33.

GRUA (F.), Responsabilité civile du banquier. Service du crédit, J-cl. Banque-crédit-bourse, fasc. 151.

GRYNBAUM (L.), LEPLAT (F.), Ordonnance « services financiers à distance » de la relativité du code de la consommation comme code... pilote, JCP G 2005, I 193.

GUINCHARD (E.), L'Europe, la procédure civile et le créancier : l'injonction de payer européenne et la procédure européenne de règlement des petits litiges, RTD com. 2008, p. 465 s.

La procédure civile européenne est née. Vive le créancier ! Présentation de l'injonction de payer européenne et de la procédure pour les demandes de faible importance, in G. de Leval et F. Georges (dir.) Le droit judiciaire en mutation. En hommage à Alphonse Kohl, Anthémis (Belgique), 2007. 8, spéc. n° 2.

HOUTCIEFF (D.), Les dispositions applicables au cautionnement issues de la loi pour l'initiative économique, JCP G 2003, I, 1611.

, Les class actions devant le juge français : rêve ou cauchemar ? Petites affiches, 10 juin 2005 n° 115, p. 42.

JACQUET (N.), Médiation du crédit aux entreprises : quel bilan ? Gaz. Pal., 06 mars 2010 n° 65, p. 11 et s.

JAMIN (C.), Du rôle créateur de la mondialisation et de quelques articles d'invalidation validante, RTD civ. 1999, p. 718.

JARROSSON (Ch.), Les concessions réciproques dans la transaction, D. 1997, Chron. 267 s.

Le nouvel essor de la clause compromissoire après la loi du 15 mai 2001, JCP G, 4 juillet 2001, I, 333.

JEAMMAUD (A.), Les règles juridiques et l'action, D. 1993, Chron. P. 207-212.

Conflit, différend, litige, Droits, n° 34, Les mots de la justice, PUF, 2002, p. 15.

La règle de droit comme modèle, D. 1990, Chron. 199.

JEAMMAUD (A.) et SERVERIN (E.), Evaluer le droit, D. 1992. Chron. 263.

JESTAZ (Ph.), La jurisprudence, ombre portée du contentieux, D. 1989. 149.

KUNTZ (J.-E.), De la prévention des difficultés des entreprises, du mandat ad hoc et de la procédure de conciliation, Les petites affiches, 8 févr. 2006, p. 6 s.

LAGARDE (X.), Actualité de la transaction, RDC, 01/10/2004 n° 4, p. 1028 s.

LEGROS (C.), Clause compromissoire et réglementation des clauses abusives : CJCE, 26 octobre 2006, Les Petites Affiches, 31 juillet 2007, n° 152, p. 9 et s.

LE CORRE (J.-M.), Les incidences de la réforme du droit des sûretés sur les créanciers confrontés aux procédures collectives, JCP E, 8/02/07, n° 6-7, p. 24-28.

LAROCHE-GISSEROT (F.), Les class actions américaines, petites affiches, 10 juin 2005, n° 115, p. 7.

LAGARDE (X.), Transaction et ordre public, D. 2000, chron. P. 217 s.

Office du juge et ordre public de protection, JCP G n° 15, avril 2001, I. 312.

Réformer l'injonction de payer, défense d'une proposition, JCP 2008. I. 165.

LASSERRE-CAPDEVILLE (J.), Et si la médiation du crédit échoue ? Gaz. Pal., 06 mars 2010 n° 65, p. 19 et s.

Médiation du crédit et soutien abusif, Gaz. pal. 06 mars 2010 n° 65, p. 23 et s.

LEGEAIS (D.), Le code de la consommation siège d'un nouveau droit commun du cautionnement, commentaire des dispositions relatives au cautionnement introduites par les lois du 1^{er} août 2003 relatives à l'initiative économique et sur la ville, JCP E 2003, 1433.

La loi du 26 juillet 2005 relative à la sauvegarde des entreprises, RTD com. 2005. 818.

Les concours consentis à une Entreprise en difficultés (C. com., art. L. 650-1), JCP E 2005, n° 1510.

Le droit au crédit. Regard, RJC déc. 2008.

Droit au crédit. Portée des engagements souscrits par les banques pour remédier à la crise du crédit. Rôle du médiateur. De l'existence d'un droit au crédit (Communiqué de presse publié par le médiateur du crédit et la FBF du 12 nov. 2008). RTD com. 2009 p. 186.

LEVEL (P.), L'arbitrabilité, Rev. arb. 1992, p. 213 s.

L'endettement des particuliers, éd. Joly, 2003, n° 79, p. 165 s.

LOQUIN (E.), L'autonomie de la clause compromissoire n'est pas un obstacle à son opposabilité au cessionnaire par le cédé en tant qu'accessoire de la créance (Civ. 1^{re}, 20 déc. 2001, inédit, Sté Quille Le trident c/ Sté CEE euro isolation. RTD com. Avril/juin 2002, p. 279.

LOQUIN (E.), Arbitrage. Compromis et clause compromissoire, J-Cl. Proc. Civ. Fasc. 1020.

Différences et convergences dans le régime de la transmission et de l'extension de la clause compromissoire devant les juridictions françaises, Gaz. pal. 2002, n° 156-157, cah. arb., p. 7.

Réflexions sur « la jurisprudence arbitrale », sa cohérence et ses divergences, in Les divergences de jurisprudence, colloque CERCRIID 2003, p. 137 s.

LOQUIN (E.), **FOUCHARD (Ph.)**, in « L'arbitrage et les tiers », Rev. arb. 1998.

LEGEAIS (D.), Obligations et responsabilités d'un établissement de crédit qui consent un crédit à un particulier, JCP E 2005, 1359.

Portée du pouvoir du juge de soulever d'office une fin de non-recevoir (Civ. 1^{re}, 18 sept. 2008, pourvoi n° 07-15473. RTD com. 2009. 189.

MALAURIE (Ph.), La réforme de la prescription civile, JCP G n° 15, 8 avril 2009, I. 134.

MARTIN (D. R.), De la renégociation de prêt ou le syndrome d'Edouard, RDBB 1999, p. 108.

MATTOUT (J.-P.), PRÜM (A.), Les établissements de crédit créanciers: dix ans d'évolution législative, Droit et patrimoine, 01/03/2007.

Droit et patrimoine, sept. 2008, p. 98 et s.

MATHEY (N.), La renégociation des crédits bancaires, in Problématiques autour du droit du crédit Colloque du 28 juin 2008, Université Robert Schuman de Strasbourg, Revue Lamy Droit des affaires 2008.

Vers une remise en cause de la liberté du banquier en matière de crédit ? JCP E n° 23, 10 juin 2010, 1550.

MAYER (P.), Les limites de la séparabilité de la clause compromissoire, Rev. arb. 1998, n° 2, p. 359 s.

Le contrat illicite, Rev. arb. 1982, p. 205 s.

MAZEAUD (D.), L'endettement des acquéreurs, RDI 1995, p. 641 et s.

L'attraction du droit de la consommation, RTD. Com. Janv.-mars 1998, p. 106 s.

MESTRE (J.), FAGES (B.), Conciliation au plus haut niveau en faveur... des clauses de conciliation, RTD civ. Avril/juin 2003, p. 294 s.

MOREAU (B.), La médiation du crédit aux entreprises dans les grandes lignes, Gaz. Pal., 06 mars 2010 n° 65, p. 9 et s.

NEUVILLE (S.), Le traitement planifié du surendettement. Réflexions sur la conciliation et la médiation, l'abandon et la transaction, les matières gracieuses et contentieuses, RTD com. 2001, p. 31 s.

MIGUET (J.), Procédure d'injonction de payer, J-Cl. Proc. Civ., Fasc. 990.

MOUSSERON (J.-M.), La durée dans la formation des contrats, in Mélanges Jauffret, p. 509 et s.

OPETIT (B.), Arbitrage, médiation et conciliation, Rev. arb. 1984, p. 307 s.

Sur le concept d'arbitrage, Mélanges Goldman, Paris, Litec, 1982, p. 229.

L'endettement et le droit, Dalloz, 1991, n° 3.

OSMAN (F.), Bonne foi et surendettement des particuliers (Bilan de deux ans d'application de la loi Neiertz), Gaz. Pal. 2 avril 1992, p. 255 s.

PACLOT (Y.), Crise financière, crise du droit, RD banc. et fin. nov.-déc. 2008. Repère 1.

PAISANT (G.), La réforme de la procédure de traitement du surendettement par la loi du 1^{er} août 2003 sur la ville et la rénovation urbaine, RTD com. 1994, p. 111.

PERROT (R.), Procédure de l'instance. Jugement et voies de recours. Procédures civiles d'exécution, RTD civ. Avril/juin 2003, p. 350.

, Injonction de payer et délai de grâce, Gaz. Pal., 13 janv. 2001 n° 13.

, L'inversion du contentieux : in Mélanges J. Normand, p. 387 s.

, Le silence en droit judiciaire privé, in Mélanges Raynaud, p. 627 s. spéc. N° 12, p. 639.

PIEDELIEVRE (S.), La réforme de certains cautionnements par la loi du 1^{er} août 2003, Defrénois 2003. 1371.

Le droit à l'effacement des dettes, Defrénois 2004, art. 37852, p. 14 s.

Les nouvelles relations contractuelles entre les banquiers et les consommateurs, JCP E juillet 2005, 1134.

Brèves remarques sur les nouvelles dispositions du code de la consommation dues à la loi du 12 mai 2009, Gaz. Pal. 2009. 1732.

L'ordonnance du 15 juillet 2009 relative aux conditions régissant la fourniture de services de paiement (1^{ère} partie), Gaz. Pal. 08 sept. 2009 n° 251, p. 5 et s.

L'ordonnance du 15 juillet 2009 relative aux conditions régissant la fourniture des services de paiement (2^{nde} partie), Gaz. Pal., 10 sept. 2009, n° 253, p. 6 et s.

PIEDELIEVRE (S.) et **MAZEAUD (D.)**, Crédit immobilier, rép. civ. Dalloz, 2006, n° 97.

PANSIER (F.-J.) et **CHABONNEAU (C.)**, Loi « MURCEF » du 11 décembre 2001, petites affiches 17 déc. 2001, p. 5.

PETIT (B.), La formation successive du contrat de crédit, in Le droit du crédit au consommateur, Litec 1982, p. 93 et s., sous la direction d'I. FADLALLAH.

« L'évidence », RTD civ. 1986, p. 486, spéc. n° 5.

POISSONNIER (G.), Office du juge en droit de la consommation : une clarification bienvenue, D. 2008. 1285.

Mode d'emploi du relevé d'office en droit de la consommation, CCC Mai 2009. Etude 5.

POITRINAL (F.-D.), responsabilité des banques pour soutien abusif, Droit et patrimoine 1994, n° 15, p. 38.

POULLE (J.-B.), La régulation par l'information en droit des marchés financiers, Petites affiches, 21 janvier 2009 n° 15, P. 6.

PRADEL (X.), Cession de créance et transfert de la clause compromissoire, à propos de l'arrêt de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation du 20 décembre 2001. D. 2003, p. 569 s.

PRIETO (C.), Actions de groupe et pratiques anticoncurrentielles : perspectives d'évolution... au Royaume-Uni, D. 2008, p. 232 et s.

RASCHEL (L.), Pouvoir de relever d'office la violation des dispositions du Code de la consommation, Procédures n° 3, Mars 2008, comm. 84.

Droit d'option du consommateur, Procédures 2009, n° 230.

RAYMOND (G.), Les modifications du droit de la consommation apportées par la loi n° 2008-3 du 3 janv. 2008, JCP E 2008, n° 12-13, p. 17, spéc. p. 18 ; CCC 2008. Etude 3.

RENUCCI (J.-F.), Le droit au juge dans la CEDH, in Le droit au juge dans l'Union européenne, (sous la dir. De J. RIDEAU, LGDJ 1998, p. 131).

RIFFARD (J.-F.), Découverts en compte courant et protection des consommateurs. A propos des arrêts de la Cour de cassation des 27 février et 10 avril 1996, JCP E 1997, n° 1, 616.

RIVIER (M.-C.), « l'évidence et la notion de contestation sérieuse devant le juge des référés », Gaz. Pal., 1991, doct. P. 355.

ROBINE (D.), L'article L. 650-1 du code de commerce : un « cadeau » empoisonné ? D. 2006. Chron. 69

ROUTIER (R.), Le cantonnement de la responsabilité pour soutien abusif, Gaz. Pal. 10 sept. 2005, n° 253, p. 33 s.

Consécration et problématique de l'obligation de mise en garde de l'emprunteur non averti, Revue de droit bancaire et financier n° 6, nov. 2007, dossier 28.

RZEPECKI (N.), Le relevé d'office par le juge des dispositions du code de la consommation : principe et régime, RLDA juin 2009. 41.

SERAGLINI (C.), Le transfert de la clause compromissoire dans les chaînes de contrats après l'arrêt Peavey, Gaz. Pal. Nov.-déc. 2001.

Les parties faibles face à l'arbitrage international : à la recherche d'un équilibre, Gaz. pal. 15/12/2007, n° 349, p. 5.

SIROL (C.), A propos de l'injonction de payer, Gaz. Pal. 14 déc. 2002, n° 349.

SERVERIN (E.), La part des procédures amiables dans le traitement des litiges en droit européen de la consommation, Droit et patrimoine, févr. 2003, n° 112, p. 34.

STORCK (M.), perspectives Colloque : Problématiques autour du droit du crédit, Université Robert SCHUMAN de Strasbourg, 20 juin 2008, Revue Lamy Droit des affaires 2008.

STOUFFLET (J.), L'ouverture de crédit peut-elle être source de responsabilité envers les tiers ? JCP G 1965, I 1882.

Retour sur la responsabilité du banquier donneur de crédit, Mel. Cabrillac, Dalloz Litec 1999, p. 517.

De la responsabilité du dispensateur de crédit au devoir de mise en garde : histoire brève d'une construction jurisprudentielle, Revue de droit bancaire et financier, n° 6, novembre 2007, dossier n° 26.

SYNVET (H.), Les relations de dépendance entre le contrat principal et le contrat de crédit dans leur formation, p. 335 et s. in *Le droit du crédit au consommateur* Litec 1982, ouvr. coll. ss. la dir. de I. FADLALLAH.

TRICOIT (J.-Ph.), La nature juridique du médiateur du crédit, *Gaz. Pal.*, 06 mars 2010 n° 65, p. 15 et s.

TRICOT-CHAMARD (I.), Les vicissitudes de la mention manuscrite dans le cautionnement : suite et fin ? *JCP* 2004. I. 112.

VALETTE (D.), Quelles obligations pour le banquier dans le domaine du financement professionnel ?, *Revue de Droit bancaire et financier* n° 6, nov. 2007, dossier 29.

VASSEUR (M.), L'application de la loi Dailly, escompte ? Cession de créance en propriété à titre de garantie ? ou bien l'un ou l'autre suivant les cas ? *D.* 1982, *Chron.* XL.

VEAUX (D.), *Transaction. –Effets*, J-Cl. Civil Code Fasc. 60.

VINEY (G.), Le devoir de mise en garde du banquier intermédiaire dans la souscription de produits financiers, *RDC* avril 2007, p. 305 s.

WOGUE (P.-G.), La réforme de Bâle II transposée en droit français, *Petites affiches*, 22 juin 2007 n° 125, p. 4 s.

ZALEWSKI (V.), Ne pas confondre avenant et transaction, *AJDI* 2005, p. 462 s.

Droit et démocratie, pour mieux réparer les préjudices collectifs. Une class action à la française ? *Gaz. Pal.* 28-29 sept. 2001, p. 2 s.

IV Notes et observations de jurisprudence

AGOSTINI (E.),

-note sous Com. 2 mars 1982 : D. 1983. 62.

ANCEL (M.-E.),

-observations sous Civ. 1^{re}, 23 mai 2006, Dr. et patr. Déc. 2006. 81.

ANCEL (P.),

-note sous CA Rennes, 26 sept. 1984, Rev. arb. 1986. 442 s.

-note sous Com. 2 juin 2004, Rev. arb. 2004. 593.

ANCEL (P.) et COTTIN (M.),

-note sous Cass. Ch. Mixte, 14 févr. 2003 : D. 2003. 1386.

ANCEL (P.) et GOUT (O.),

-note sous CA Paris, 8 oct. 1998 : Rev. arb. 1999, p. 350.

ATTARD (J.),

-note sous Civ. 1^{re}, 6 janv. 1998, JCP 1998, II, n° 10100.

AUBERT (J.-L.),

-observations sous Versailles, 31 janv. 1986, D. 1986. IR. 393.

-observations sous Civ. 1^{re}, 6 juill. 1988, D. 1988. Somm. 405.

-observations sous Civ. 1^{re}, 14 juin 1989, D. 1989. Somm. 338.

AVEVA-ROBARDET (V.),

- observations sous TI Paris, 8 mars 2001, D. 2001, AJ p. 1723.
- observations sous Civ. 1^{re}, 13 mai 2003 (2^e esp.), D. 2003. AJ. 2308.
- observations sous Civ. 1^{re}, 24 févr. 2004, D. 2004. AJ. 805.
- observations sous Civ. 1^{re}, 13 déc. 2005. D. 2006. AJ. 227.
- observations sous Civ. 1^{re}, 1^{er} févr. 2005, D. 2005. AJ. 640.
- observations sous TGI Paris, 9 nov. 2005, D. 2006. AJ. 295.
- observations sous Civ. 1^{re}, 18 sept. 2008, D. 2008. AJ. 2499.

AYNES (L.),

- note sous CA Paris, 20 nov. 1988, Rev. arb. 1988, p. 570.
- observations sous Civ. 1^{re}, 13 nov. 1990, D. 1991. Somm. 385.
- observations sous Com. 28 mai 1991, D. 1991. Somm. 385.
- note sous Civ. 1^{re}, 13 nov. 1996, Defrénois 1997. 292 ;
LPA 31 janv. 1997, p. 15.
- observations sous Civ. 1^{re}, 21 janv. 1997, D. 1997. Somm. 179.
- observations sous Civ. 1^{re}, 1^{er} juill. 1997, Defrénois 1997. 1425.
- observations sous Civ. 1^{re}, 15 juill. 1999, D. 2001. Somm. 699.
- observations sous Civ. 3^e, 21 févr. 2001, D. 2001. Somm. 3236.

BANDRAC (M.),

- observations sous Civ. 1^{re}, 13 nov. 1990, RTD civ. 1991. 149.
- observations sous Civ. 1^{re}, 1^{er} juill. 1997, RTD civ. 1997. 970.

BENABENT (A.) et DUBARRY (J.-C.),

- observations sous Com. 20 janv. 1981, RTD com. 1981, p. 729.

BERT (D.),

-note sous Civ. 1^{re}, 10 janv. 2006, D. 2006. Jur. 2129.

BERTIN (Ph.),

-note sous Com. 20 janv. 1981, Gaz. pal. 1981, 1, p. 322.

BONHOMME (R.),

-note sous Civ. 1^{re}, 26 nov. 2002, JCP E 2003, n° 25, p. 1049 s.

BONNEAU (T.),

-observations sous Com. 30 octobre 1984, Banque et droit n° 95, mai-juin 2004. 50.

-observations sous Com. 22 mars 2005 (arrêt n° 506, FS-P+B), Banque et droit n° 102, juillet-août 2005.

-note sous Cass ass. Plén. 9 oct. 2006, JCP 2006, II, n° 10175.

BOUJEKA (A.),

-note sous TGI Paris, 18 mai 2004, D. 2004. 2288.

-note sous Civ. 1^{re}, 15 mars 2005, D. 2005. 1948.

BOULOC (B.) et CHATAIN (P.-L.),

-observations sous TI Alençon, 28 sept. 1990 : D. 1992. Somm. 109.

BOURCART (G.),

-note sous Cass. Crim. 10 avr. 1913 : S. 1914, 1, p. 57.

BOUTEILLER (P.),

-note sous Civ. 1re, 19 mars 1985: JCP 1986. II. 20659.

BREDIN (J.-D.),

-note sous Civ. 1^{re}, 7 mai 1963, JDI 1964, p. 83.

BUREAU (D.),

-note sous Civ. 1^{re}, 5 janv. 1999, Rev. crit. DIP 1999. 546.

CABRILLAC (M.),

-observations sous Com. 17 mars 1998, RTD com. 1998. 648.

CABRILLAC (M.) et TEYSSIE (B.),

-observations sous Com. 5 nov. 1991, RTD com., 1992. 656.

-observations sous Com. 17 déc. 1991, RTD com. 1992. 651.

-observations sous Com. 9 nov. 1993, RTD com. 1994. 86.

CAMPANA (M.-J.),

-observations sous CA Paris, 22 févr. 1989, RTD com. 1989, p. 727.

CARBALLO, FIDALGO et PAISANT (G.),

-note sous CJCE 27 juin 2000, aff. C.-240/98 : JCP E 2001. 1281.

CHAZAL (J.-P.),

-note sous Civ. 1^{re}, 30 mai 2000, D. 2000. 879.

CLARET (H.),

-note sous CJCE 4 oct. 2007 : D. 2008. 458.

CLAY (T.),

-observations sous Civ. 1^{re}, 30 mars 2004, D. 2005. pan. 3053.

COHEN (D.),

-observations sous Civ. 2^e, 15 janv. 1992, Rev. arb. 1992, p. 646.

-note sous CA Paris, 1^{re} Ch. C, 25 nov. 1999, Rev. arb. 2001, p. 31.

-note sous Civ. 1^{re}, 19 oct. 1999, Rev. arb. 2000, 86 s.

COURBE (P.),

-observations sous Civ. 1^{re}, 23 mai 2006, D. 2007. Chron. C. cass. 1754.

CREDOT (F.-J.) et GERARD (Y.),

-observations sous TGI Auxerre, 28 sept. 1992, Rev. Dr. bancaire et bourse n° 36, p. 73.

-observations sous Com. 26 avr. 1994 et 8 nov. 1994, Rev. dr. bancaire et bourse n° 47, janvier/février 1995. 14.

-observations sous Civ. 1^{re}, 6 janv. 1998, RDBB 1998, p. 59.

CROCQ (P.),

-observations sous Civ. 1^{re}, 13 nov. 1996, RTD civ. 1997. 190.

-observations sous Civ. 1^{re}, 3 mars 1998, RTD civ. 1998. 44.

-observations sous Civ. 1^{re}, RTD civ. 1999. 877.

-observations sous Com. 5 mai 2004, RTD civ. 2004. 534.

DAVO (H.),

-note sous Civ. 1^{re}, 15 déc. 1993, D. 1994. 297.

DAVERAT (X.),

-note sous Civ. 1^{re}, 10 mars 1983, JCP 1984, éd. G, II, 22213.

DELEBECQUE (Ph.),

-observations sous Civ. 1^{re}, 5 janv. 1999, Defrénois 1999. 752.

-observations sous civ. 1^{re}, 6 févr. 2001, D. 2001, somm. P. 1135.

DELPECH (X.),

-observations sous Civ. 1^{re}, 5 janv. 1999, D. Affaires 1999. 474.

-observations sous Paris, 28 janv. 1999, D. Affaires 1999. 673.

-observations sous TGI Paris, 25 févr. 2000, D. 2000. AJ. 219.

-observations sous Civ. 1^{re}, 12 juill. 2005, D. 2005, p. 2276.

-observations sous Civ. 1^{re}, 10 janv. 2006, D. 2006, AJ. 365.

-note sous Com. 3 mai 2006, D. 2006, p. 1445.

-observations sous Cass. ass. plén. 9 oct. 2006, D. 2006, p. 2525.

-observations sous Civ. 1^{re}, 27 mars 2007, D. 2007, 2077.

-observations sous Com. 26 mars 2008, D. 2008. AJ. 1058.

-observations sous Civ. 1^{re}, 8 avril 2009, D. 2009. AJ 1284.

DEMOGUE (R.),

-observations sous Cass. 28 janv. 1930, RTD civ. 1930, 369.

DERRIDA (F.),

-note sous Com. 27 mars 1973 : D. 1973, J. 577.

-observations sous CA Paris, 22 févr. 1989, D. 1991, Somm. P. 12.

DERRUPE (J.),

-Observations sous Civ. 1^{re}, 4 mai 1999, RTD com. 1999, p. 629.

DEUMIER (P.),

-observations sous Civ. 1^{re}, 23 mai 2006, RDC 2006. 123.

DOUCHY (M.),

-note sous Civ. 2^e, 22 nov. 2001, Droit et procédure, mars-avril 2002, p. 1081.

EDELMAN (B.),

-note sous Civ. 1^{re}, 6 mars 2001, D. 2001, jur. P. 1868.

FARGE (M.) et PIN (X.),

-note sous Civ. 1^{re}, 13 nov. 1996, RJ com. 1997, P. 224 s.

FENOUILLET (D.),

-observations sous Civ. 1^{re}, 2 nov. 2005 : RDC 2006. 367.

FRANCOIS (J.),

-note sous Com. 3 mai 2006, D. 2006, P. 1618.

HOUIN (R.),

-observations sous Com. 28 nov. 1960, RTD com. 1961, p. 460.

GAILLARD (E.),

-note sous Civ. 1^{re}, 21 mai 1997 : Rev. arb., 1997. 537.

GAUTIER (P.-Y.),

-observations sous Soc. 13 mai 1992, RTD civ. 1992. 783.

-observations sous Civ. 1^{re}, 6 janv. 1998, RTD civ. 1998, p. 698.

-observations sous Civ. 1^{re}, 4 mars 2003, RTD civ. 2003. 521.

-observations sous Cass. Ass. Plén. RTD civ. 2007. 145.

GAVALDA (C.),

-note sous Aix, 2 juillet 1970, JCP G II, 16686.

GAVALDA (C.) et STOUFFLET (J.),

-note sous Com. 7 janv. 1976, JCP G 1976, II, 18327.

-Observations sous Com. 1^{er} févr. 1994, JCP 1995 éd. E, I, 465, n° 17.

GIBRILA (D.),

-note sous Com. 20 nov. 1990, LPA, n° 24, 25 févr. 1994. 17.

-observations sous Com. 5 mai 2004, Defrénois 2004, p. 1663.

GOLDMAN (B.),

-note sous Civ. 1^{re}, 7 mai 1963, JCP G 1963, II, 13405.

GOMAA (N.),

-note sous Civ. 1^{re}, 20 nov. 1967, D. 1969. 321.

GOURIO (A.),

-note sous Cass. Ch. Mixte, 29 juin 2007, JCP G 2007, II, n° 10146.

GOUT (O.),

-note sous Civ. 1^{re}, 15 févr. 2000 ; SA Cofica c/ Grine [arrêt n° 317 P+B] [Juris-Data n° 000518].

-note sous Civ. 2^e, 4 avril 2002 et Com. 9 avril 2002, JCP E, 24 oct. 2002, p. 1725.

GRAMAIZE (P.),

-note sous Civ. 1^{re}, 30 mars 1994, JCP 1995. II. 22405.

GRIMALDI (M.),

-observations sous Civ. 1^{re}, 20 mai 2003, RDC 2003. 174.

HEBRAUD (P.),

-note sous Com. 29 nov. 1950, Gaz. pal. 1951, 1, 80.

HERON (J.),

-note sous Com. 22 nov. 1994, Justices 1995, n° 2, p. 281.

HOURDEAU (S.),

-note sous CJCE 27 juin 2000, aff. C-240/98, LPA 24 juin 2001.

IDOT (L.),

-note sous Paris, 20 janv. 1989, Rev. arb. 1989. 280.

-note sous Civ. 1^{re}, 5 févr. 1991, Rev. arb. 1991. 625.

JAMIN (C.),

-note sous Civ. 1^{re}, 31 janv. 1995 : D. 1995. 389.

JARROSSON (C.),

-observations sous Com. 28 nov. 1995, Rev. arb. 1996, p. 616.

JULIEN (P.),

-observations sous TGI Nancy, JEX, 20 avr. 1993, D. 1994. Somm. 336.

LAGARDE (X.),

-note sous Cass., Ass. Plén., 6 juin 2003 : D. 2003. 1905.

-note sous Civ. 1^{re}, 22 janv. 2009, n° 05-20.176, FS-P+B+I, Caisse de Crédit mutuel de Saint Marcellin c/X. : JurisData n° 2009-046627, RDBF n° 2, Mars 2009, comm. 45.

JCP 2009. II. 10037.

LECENE-MARENAUD (M.),

-note sous Com. 17 mars 1998, JCP 1998, éd. E, p. 1642.

LEGEAIS (D.),

- note sous Civ. 1^{re}, 8 juin 1994, JCP E 1995, II, n° 652.
- note sous Com. 11 mai 1999, JCP 1999, ed. E, p. 1730, 2^e espèce.
- note sous Civ. 1^{re}, 13 nov. 1996, JCP E 1997. II. 903.
- note sous Civ. 1^{re}, 15 juill. 1999, JCP E 1999. 1925.
- observations sous Com. 5 mai 2004, RTD com. 2004. 584.
- observations sous Civ. 1^{re}, 6 juill. 2004, RTD com. 2004. 798.
- observations sous Com. 22 mars 2005, RTD com. 2005. 405.
- observations sous Civ. 1^{re}, 30 mars 2005, RTD com. 2005. 575.
- observations sous Civ. 1^{re}, 23 mai 2006, RTD com. 2006. 644.
- observations sous Cass. Ass. Plén., 9 octobre 2006, RTD com. 2007. 207.
- observations sous CJCE 4 oct. 2007, RTD com. 2008. 403.
- observations sous Civ. 1^{re}, 18 sept. 2008, RTD com. 2009. 189.
- observations sous Civ. 1^{re}, 22 janv. 2009, RTD com. 2009. 421.
- observations sous CJCE 4 juin 2009, aff. C-243/08, RTD com. 2009. 794.

LEVENEUR (L.),

- note sous Com. 5 mai 2004, D. 2004. 1594.
- observations sous Civ. 1^{re}, 21 janv. 1997, Contrats conc. Consom. 1997, n° 62.

LIENHARD (A.),

- note sous Com. 5 mai 2004, D. 2004. 1594.
- note sous Com. 22 mars 2005, D. 2005, act. Jurisp. 1020.

LOQUIN (E.),

- observations sous Civ. 1^{re}, 6 févr. 2001, RTD com. 2001, p. 413.
- observations sous Civ. 2^e, 20 déc. 2001, RTD com. 2002. 279.
- observations sous Civ. 1^{re}, 30 mars 2004, RTD com. 2004. 447.

LOUSSOUARN (Y.),

-observations sous Civ. 1^{re}, 27 octobre 1969, RTD civ. 1970, p. 169.

-observations sous Civ. 3^e, 15 janv. 1971, RTD civ. 1971. 839.

LUCAS (X.),

-note sous Civ. 1^{re}, 16 mai 1995 : JCP 1996. II. 22736.

MACORING-VENIER (F.),

-observations sous Com. 5 mai 2004, RTD com. 2004. 590.

MANARA (C.),

-observations sous Rennes, 31 mars 2000, D. 2000. AJ. 358.

MARTIN (D.R.),

-note sous Civ. 1^{re}, 6 janv. 1998, D. 1998, jur., p. 503.

-observations sous Civ. 1^{re}, 4 oct. 2000, D. 2002. Somm. 641.

-observations sous Cass. Ass. Plén., 9 octobre 2006, D. 2007. pan. 753, spéc. 758.

MAZEAUD (D.),

-observations sous Civ. 1^{re}, 27 juin 1995, Defrénois 1995 art. 36210, n° 149, p. 1416.

-observations sous Civ. 1^{re}, 13 nov. 1996, D. 1997. Somm. 178.

-observations sous Civ. 1^{re}, 6 janv. 1998, Defrénois 1998, p. 752.

-observations sous Civ. 1^{re}, 16 févr. 1999, D. 2000. Somm. 360.

-observations sous Civ. 1^{re}, 15 juill. 1999, Defrénois 1999. 1336.

-observations sous Civ. 3^e, 21 févr. 2001, D. 2001. 2702.

MAZUYER (E.),

-note sous Civ. 1^{re}, 13 mai 2003, D. 2004. 262.

MEKKI (A.),

-observations sous Com. 28 juin 2005, D. 2005. pan. 2838.

MESTRE (J.),

-observations sous TI Bordeaux, 16 févr. 1989, RTD civ. 1990, 480.

-observations sous Soc. 3 juill. 1990, RTD civ. 1991. 316.

-observations sous Civ. 1^{re}, 12 févr. 1991, RTD civ. 1991. 525.

-observations sous Com. 28 mai 1991, RTD civ. 1992. 85.

-observations sous Civ. 1^{re}, 27 juin 1995, RTD civ. 1996. 385.

-observations sous Civ. 2^e, 20 déc. 2001, Dr. et Patr., juin 2002, p. 123.

MESTRE (J.), et FAGES (B.),

-observations sous CJCE 27 juin 2000, aff. C-240/98, RTD civ. 2001. 878.

-observations sous Civ. 1^{re}, 10 janv. 2006, RTD civ. 2006. 552.

MONACHON-DUCHENE (N.),

-note sous Civ. 1^{re}, 4 mars 2003, JCP 2003. II. 10161.

-note sous Civ. 1^{re}, 13 nov. 2008, n° 07-19.282, F P+B, B., c/ Sté Finaref et a. : Jurisdata n° 2008-045776.

MORVAN (P.),

-note sous Com. 28 mai 1991, D. 1992. 166.

MOTULSKY (H.),

-note sous Civ. 1^{re}, 7 mai 1963, Rev. crit. DIP 1963, p. 615.

-note sous Com. 28 nov. 1950, RTD civ. 1951, p. 106.

MOULY (C.),

-note sous Soc. 3 juill. 1990 : D. 1991. 507 (2^e esp.)

MOUSSA (T.),

-note sous Civ. 1^{re}, 13 nov. 1996, D. 1997. 141.

NAJJAR (I.),

-note sous Civ. 1^{re}, 30 mars 2004, D. 2004. 2458.

NICOLAS (G.),

-note sous Civ. 1^{re}, 6 juill. 2004, JCP 2004. II. 10193.

NORMAND (J.),

-observations sous Com. 20 janv. 1981, RTD civ. 1981, p. 679.

-observations sous Civ. 2^e, 2 avr. 1997, RTD civ. 1999, p. 179.

NOURISSAT (C.),

-note sous CJCE 21 nov. 2002, D. 2003. 486.

-note sous CJCE, 1^{re} ch., 4 oct. 2007, aff. C-429/05, Rampion et Godard, Procédures n° 3, mars 2008, comm. 79.

PAIRE (M.),

-conclusions sous Paris, 16 mai 1986, D. 1986. 465.

PAISANT (G.),

-observations sous Civ. 1^{re}, 20 mai 2003, RTD com. 2003. 576.

-observations sous Civ. 2^e, 6 mai 2004, RTD com. 2004, 621.

-note sous CJCE 22 nov. 2001 : JCP 2002. II. 10047.

-note sous CJCE, 4^e ch., 4 juin 2009, aff. C-243/08, Pannon GSM Zrt. c/ Erzsébet Sustikné Gy [# 337] rfi, JCP 2009, n° 42, 12 oct. 2009, 336 et s.

PENNEAU (J.),

-observations sous Civ. 1^{re}, 12 févr. 1991, D. 1992. Somm. 269.

-observations sous Civ. 2^e, 6 juill. 2000, D. 2001. Som. P. 3088.

PERROT (R.),

-observations sous Civ. 2e, 14 janv. 1987. RTD civ. 1987. 411.

-observations sous Civ. 2^e, 6 avr. 1987, RTD civ. 1987, 609.

-observations sous Rapp. Cass. Civ., 16 juin 1995, RTD civ. 1995, p. 691.

-observations sous Civ. 2^e, 10 nov. 1998 : procédures 1999, comm. n° 4.

-observations sous Civ. 2e, 13 sept. 2007, Procédures 2007. comm. 250.

PICOT (F.),

-observations sous CJCE, 4e ch., 4 juin 2009, aff. C-243/08, Pannon GSM Zrt. c/ Erzsébet Sustikné Gy [#337] rfi. JCP G 2009, n° 25, 27.

PIEDELIEVRE (S.),

- note sous Civ. 1^{re}, 27 juin 1995, D. 1995, jur., p. 621.
- note sous Civ. 1^{re}, 8 octobre 1996, Defrénois 1997, art. 36495, p. 229.
- observations sous Civ. 1^{re}, 13 nov. 1996, Gaz. pal. 1997. 2. Somm. 189.
- observations sous Civ. 1^{re}, 18 févr. 1997, Gaz. Pal. 1997. 2. Somm. 446.
- note sous Civ. 1^{re}, 3 mars 1998, JCP 1998. II. 10117.
- note sous Civ. 1^{re}, 15 juill. 1999, JCP 1999. II. 10196.
- note sous Civ. 1^{re}, 6 juill. 2004, JCP E 2004. 1642.
- note sous Cass. Ch. Mixte, 29 juin 2007, D. 2007, p. 2081.
- note sous Civ. 1^{re}, 22 janv. 2009, D. 2009. 908.

PIZZIO (J.-P.),

- observations sous Civ. 1^{re}, 15 déc. 1998, D. 1998. Somm. 40.

PHILIPPE (C.),

- note sous Civ. 1^{re}, 15 juill. 1999, D. 2000. 589.

POISSOINNIER (G.),

- note sous CJCE 4 juin 2009, aff. C-243/08 Pannon GSM Zrt. c/Erzsébet Sustikné Gy [#337] rfi, D. 2009. 2312.

PRADEL (X.),

- chron. Sous Civ. 2^e, 20 déc. 2001, D. 2003. 569.

RAYMOND (G.),

- note sous Civ. 1^{re}, 19 janv. 1994 : Contrats Conc. Consom. 1994, n° 85.
- note sous Civ ; 1^{re}, 8 juill. 1994 : CCC 1994, n° 213.
- observations sous C. A. Limoges, 20 mai 1997, Contrats, Conc. Consom. 1998, n° 12.
- note sous Civ. 1^{re}, 4 mai 1999, CCC 1999, n° 150.
- observations sous Civ. 1^{re}, 19 mai 1999 (2^e esp.) : CCC 1999, n° 167.-note sous Rennes, 19 sept. 1997, Contrats Conc. Consom. 1997, n° 170.
- observations sous Civ. 1^{re}, 31 mai 2000 : CCC. 2000, n° 132.
- observations sous Civ. 1^{re}, 5 déc. 2000, Contrats Conc. Consom. 2001, n° 81.
- note sous Reims, 15 févr. 2001 : CCC 2002, n° 37.
- note sous TI Grenoble, 19 juin 2001, Contrats Conc. Consom. 2001, n° 165.
- observations sous TI Saint-Malo, 18 déc. 2001 : Contrats Conc. Consom. 2002, n° 131.
- observations sous TI Vienne, 14 mars 2003 : CCC 2003, n° 118.
- note sous TI Roubaix, 16 oct. 2003 : CCC 2004, n° 14.
- observations sous Bordeaux, 1^{er} avr. 2004, CCC 2004, n° 164.
- note sous TI Roubaix, 11 juin 2004, SA CREATIS c/ M. Christian V... et a. CCC. n° 8, août 2004, comm. 132.
- observations sous Civ. 1^{re}, 30 mars 2005, CCC 2005, n° 141.
- note sous Civ. 1^{re}, 12 juill. 2005 : CCC 2005, n° 12.
- note sous TI Saintes, 16 nov. 2005, Epx R. c/ Franfinance et a., CCC n° 2, févr. 2006, comm. 37.
- note sous CA Orléans, 19 févr. 2006, Contrats. Conc. Consom. 2006, 174.
- note sous Civ. 1^{re}, 2 oct. 2007, n° 05-17.691, F-P+B, F. c/SCI Jausiers vacances : Jurisdata n° 2007-040619, CCC. n° 1, janv. 2008, comm. 29.
- note sous CJCE, 4 oct. 2007, aff. C-429/05, R. c/ Franfinance, CCC. n° 12, déc. 2007, comm. 310.
- note sous CA Aix-en-provence, 26 févr. 2009, SA Médiatis c/ épx P. : Jurisdata n° 2009-007388.
- note sous CJCE, 17 déc. 2009, aff. C 227/08, E. M.M. c/ EDP Editoriales SL.

REMY-CORLAY (P.),

-observations sous CJCE 4 juin 2009 Pannon GSM Zrt, aff. C-243/08, RTD civ. 2009. 684.

RIVES-LANGES (J.-L.),

-observations sous Com. 9 mai 1990, banque n° 511, décembre 1990. 1212.

RIVIER (M.-C.),

-observations sous Com. 14 oct. 1997, RG Proc. Coll. 1998. 536.

-observations sous CA Paris, 8 oct. 1998 : RGDP 1999, p. 126 s.

ROBERT (J.),

-note sous Com. 28 nov. 1950, S. 1951, 120.

-note sous Paris, 18 juin 1956, D. 1957. 587.

-note sous Civ. 1^{re}, 7 mai 1963, D. 1963, jurispr. P. 545.

RONDEY (C.),

-observations sous Civ. 1^{re}, 18 janv. 2000, D. 2000. AJ. 134.

-observations sous Civ. 1^{re}, 18 oct. 2000, D. 2000. AJ 442.

-observations sous Civ. 1^{re}, 1^{er} avr. 2003, D. 2003. AJ. 1229.

-observations sous Civ. 1^{re}, 6 juill. 2004, D. 2004, AJ. 2498.

RONTCHEVSKY (N.),

-observations sous Com. 5 mai 2004, Banque et droit août 2004, p. 51.

RUEDA (I.),

-observations sous CJCE 1^{er} avril 2004, JCP 2004. I. 159, n° 10.

SAINTE-ROSE (J.),

-conclusions contraires sous Civ. 1^{re}, 13 nov. 1996, D. 1997. 141.

-conclusions sous Civ. 1^{re}, 3 mars 1998, D. 1998, 421.

-conclusions sous Civ. 1^{re}, 30 mars 2005, Gaz. pal. 2005. 2657.

SAVAUX (E.),

-observations sous Civ. 1^{re}, 10 janv. 2006, Defrénois 2006. 597.

SENECHAL (J.-P.),

-observations sous Com. 17 nov. 1992, Defrénois 1993, art. 35531, p. 527.

SIMLER (Ph.),

-observations sous C.A. Paris, 17 mai 1996, JCP G 1997, I, 3991.

-observations sous Civ. 1^{re}, 13 nov. 1996, JCP 1997. I. 4033, n° 7.

SIMLER (Ph.) et DELEBECQUE (Ph.),

-observations sous Lyon, 21 juin 1995 : JCP 1997. I. 3991, p. 23.

STRICKLER (Y.),

-note sous Paris, 15 déc. 2004, D. 2005. Jur. 342.

SULTANA (J.-P.),

-note sous Civ. 1^{re}, 22 avr. 1992, D. 1993. 77.

THERY (Ph.),

-observations sous Civ. 1^{re}, 15 juill. 1999, RD imm. 2000. 379.

TREPPOZ (E.),

-note sous Civ. 1^{re}, 3 févr. 2004, JCP 2004. II. 10149.

TRICOIT (J.-Ph.),

-note sous TI Roubaix, 15 avr. 2004 : Gaz. pal. 2004. 2591.

VASSEUR (M.),

-observations sous Com. 11 janv. 1983, D. 1984. IR 79.

-observations sous Com. 28 nov. 1960, Rec. Gén. Lois et arrêts, 1962, p. 83.

VERON (M.),

-observations sous Cass. Ass. Plén., 18 janv. 2006 : Dr. Pénal 2006, n° 49.

VINEY (G.),

-observations sous Com. 3 mai 2006, RDC avr. 2007, p. 300.

VIDAL (D.),

-note sous Com. 17 nov. 1992, D. 1993, jurispr. P. 41.

VIRASSAMY (G.),

-note sous Civ. 1^{re}, 14 juin 1989 : JCP 1991. II. 21632.

INDEX

A

Abus de confiance : 398.

Acceptation : 60, 97, 100, 101, 102, 104, 152, 255.

Accord de conciliation : 260 et s.

Accord :

- négociation spontanée : 203 et s.

Accord de place : 349 et s.

Arbitrage : 406 et s.

Avenant : 213, 214, 217, 218, 219.

Assurance : 145.

Annulation: 79, 105, 118, 124, 125, 173, 179, 180, 181, 335, 444, 448.

B

Bâle I, Bâle II: 32, 49, 50, 51, 52, 53, 133, 134, 140, 271.

Bâle III : 134.

Banqueroute : 390, 399, 403.

Blanchiment : 391, 398, 400.

Bonne foi : 36, 90, 124, 179, 206, 210, 236, 258, 324, 325, 356.

C

Cautionnement : 54, 60, 78, 79, 87, 88, 89, 90, 91, 95, 99, 118, 120, 121, 124, 136, 141, 142, 143, 144, 149, 167 et s., 181, 182, 183, 184, 195, 231, 249, 253, 254, 255, 256, 278, 279, 456.

Cessation de paiement : 37, 260, 263, 270, 271.

Cession Dailly : 365.

Chèque : 33, 34, 189, 191, 211, 280, 295, 392, 395, 397, 401.

- sans provision : 397.

Class action : 383 et s.

Clause de réserve de propriété : 141, 441.

Commission de surendettement : 36, 132, 239, 241, 245, 247.

Compensation : 72, 186, 192, 272.

Conciliation : 132, 238, 239, 241, 244, 248, 256, 259, 260, 263, 266, 268, 270 et s., 275, 276, 277, 279 et s., 288, 329, 461.

Contrepassation : 187 et s.

D

Déchéance :

- droit aux intérêts : 98, 99, 102, 230.
- plan de surendettement : 257.
- accord de conciliation : 277.

Devoir en mise en garde : 62, 64 et s., 84 et s., 139, 195.

Délai de grâce : 382.

Délai de rétractation : 60, 105, 118, 119.

Droit de rétractation : 60, 61, 95, 103, 104, 105, 118.

E

Exequatur : 425.

F

FICP : 130.

Fiducie : 146.

Forclusion : 302, 373.

Formalisme :

- cautionnement : 79, 90, 95, 118, 119, 120, 122, 167, 168, 169 et s.
- crédit à la consommation : 54, 61, 69, 95, 97 et s., 118, 119, 120, 122, 126, 226, 231, 258, 389, 456.

G

Grâce : 382.

H

Hypothèque : 142 et s.

I

Impayé : 33, 36, 42, 43, 50 et s., 57, 59, 60, 71, 78, 79, 83, 84, 95, 128, 130, 131, 134, 135, 140, 141 et s., 188, 190, 193, 197, 200 et s., 224, 238, 245, 247, 297, 302, 365, 368, 373, 382, 406, 407, 421, 426, 441, 455, 458, 461, 462, 463.

Information : 31, 34, 39, 53 et s., 90 et s., 107 et s., 125 et s., 135, 137, 181 195, 228, 260, 261, 265, 267, 324, 325, 331, 356, 383, 393, 403, 404.

Injonction de payer : 365.

Insolvabilité : 36, 234, 236, 238, 244, 254, 257, 358, 443.

Irresponsabilité : 39, 139, 157 et s.

M

Mandat ad hoc : 259 et s., 282.

MARC : 326, 461.

Médiation :

- AMF : 329 et s.
- Du crédit : 244 et s.
- MURCEF : 26, 288 et s.

Mesures conservatoires : 366, 426.

N

Négociation :

- Spontanée : 203 et s.
- Organisée : 234 et s.

Novation : 213 et s., 223, 225, 242, 249, 250, 251, 257.

Nullité : 88, 99, 102, 105, 119 et s., 126, 171, 173, 176 et s., 377, 413, 449.

O

Obligation de mise en garde : 66, 70, 85, 86.

Offre préalable : 60, 95 et s., 118 et s., 227, 229 et s.

P

Plan conventionnel de redressement : 238 et s.

Procédures collectives : 43, 158, 160, 206, 234, 256, 260, 272, 278, 280, 283, 427, 429 et s., 432 et s.

R

Recouvrement amiable : 128, 200, 202, 204, 205, 208, 211, 212.

Redressement judiciaire : 136, 188, 189, 248, 263, 268, 273, 275, 281.

Référé-provision : 366.

Règlement amiable : 208, 244, 260, 276, 329.

Remise de dette : 242, 253.

Responsabilité du banquier : 35, 36, 38, 71, 72, 76, 159, 195, 358.

Rétablissement personnel : 235, 237.

S

Sûreté : 129, 133, 139, 140 et s.

T

Titre exécutoire : 141, 143, 245, 248, 280, 366, 382, 421, 425, 426, 427, 339, 441.

Transaction : 213 et s., 222, 223, 242 et s., 251, 253, 275, 282, 302, 321, 324, 326, 335, 359, 360, 362, 460.

V

Vice du consentement : 90, 100, 118 et s., 121, 126.

TABLE DES MATIERES

Introduction.....	1
--------------------------	----------

PREMIERE PARTIE

L'EVITEMENT DU CONTENTIEUX.....	17
----------------------------------------	-----------

Titre 1

LA PREVENTION DU CONTENTIEUX AU MOMENT DE LA MISE EN PLACE DE LA RELATION CONTRACTUELLE	19
----------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----------

Chapitre1

LA PREVENTION PAR LA REDUCTION DES OCCASIONS DE CONTENTIEUX.....	20
-----------------------------------------------------------------------------	-----------

Section 1 – Des contractants mieux sélectionnés.....	20
-------------------------------------------------------------	-----------

§ 1 – Les dispositifs juridiques promouvant une meilleure maitrise du risque.....	21
------------------------------------------------------------------------------------------	-----------

A – Les dispositifs conduisant les banques à une meilleure sélection des cocontractants.....	21
---------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----------

1) Une réglementation spécifique de la délivrance des instruments de paiement.....	22
-------------------------------------------------------------------------------------------	-----------

2) Le rôle du cadre normatif dans la sélection des emprunteurs et cautions.....	25
----------------------------------------------------------------------------------------	-----------

a) La législation instituant les procédures de surendettement.....	25
b) L'admission du principe de la responsabilité du banquier envers les créanciers de l'emprunteur.....	27
i) Les difficultés procédurales de mise en œuvre du principe.....	28
ii) La construction prétorienne du régime juridique de l'action en responsabilité.....	31
c) L'incidence des règles prudentielles internationales.....	34
B – Les dispositifs pouvant inciter à renoncer à des opérations risquées opérations risquées.....	37
§ 2 – Des Sources possibles de nouveaux litiges.....	55
Section 2 : Des contractants mieux informés.....	60
§ 1 – exposé du cadre juridique favorisant un consentement éclairé.....	61
A- Les dispositifs de protection du consentement de l'emprunteur ou de la caution.....	61
1) L'offre préalable de crédit.....	62
2) Le droit de rétractation.....	69
B- La protection du consentement à travers une bonne information financière.....	71
1) Les caractères de l'information financière.....	72
2) Le contenu et le moment de l'information.....	74
§ 2- Une prévention efficace du contentieux des vices du consentement.....	76
Section 3 : Les pratiques bancaires de sélection des contractants.....	84

§ 1- Des critères de sélection plus restrictifs.....	85
------------------------------------------------------	----

§ 2- Le rôle des sûretés comme techniques de prévention du contentieux : la pression psychologique sur le débiteur.....	95
----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----

Chapitre 2

LA PREVENTION PAR LA REDUCTION DES ESPACES DE DISCUSSION.....	102
----------------------------------------------------------------------	------------

Section 1 : Le cas des normes relatives au crédit.....	102
---------------------------------------------------------------	------------

§ 1- Les dispositifs pouvant réduire sensiblement le contentieux du crédit aux consommateurs.....	103
------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

§ 2 – L’exclusion légale de certaines actions en responsabilité : le cas de l’art. L. 650-1 du code de commerce.....	106
-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

A – Une irresponsabilité de principe des créanciers.....	107
----------------------------------------------------------	-----

B – Les interrogations liées à l’art. L. 650-1 C. com.....	110
------------------------------------------------------------	-----

Section 2 : Le formalisme nouveau du cautionnement.....	113
----------------------------------------------------------------	------------

§ 1 – Le caractère strict du cadre légal.....	113
-----------------------------------------------	-----

§ 2 – De nouveaux espaces possibles de contentieux en matière de cautionnement.....	118
-------------------------------------------------------------------------------------	-----

Section 3 : La limitation des espaces de discussion par la pratique bancaire.....	123
------------------------------------------------------------------------------------------	------------

§ 1- La technique générale : le compte courant.....	124
-----------------------------------------------------	-----

§ 2- Les techniques particulières de paiement liées au compte.....	125
--------------------------------------------------------------------	-----

A – La contrepassation.....	125
-----------------------------	-----

B – Le prélèvement automatique.....	127
-------------------------------------	-----

Titre 2

LA NEGOCIATION PRECONTENTIEUSE AU MOMENT DE LA DEFAILLANCE DU DEBITEUR.....	131
----------------------------------------------------------------------------------------	------------

Chapitre 1

LA NEGOCIATION SPONTANEE	135
---------------------------------------	------------

Section 1 : Les processus de traitement de l’impayé.....	135
-----------------------------------------------------------------	------------

Section 2 : La nature juridique des accords obtenus.....	138
-----------------------------------------------------------------	------------

Section 3 : Le régime des accords obtenus.....	144
-------------------------------------------------------	------------

§ 1 – Les effets des accords.....	144
-----------------------------------	-----

A – L’accord modifiant un contrat de prêt.....	145
------------------------------------------------	-----

B – Le cas du regroupement des prêts.....	146
-------------------------------------------	-----

§ 2 – La forme des accords.....	147
---------------------------------	-----

A – La forme de l’accord modifiant un crédit immobilier.....	148
--------------------------------------------------------------	-----

B – La forme de l’accord modifiant un crédit mobilier.....	151
------------------------------------------------------------	-----

Chapitre 2

LA NEGOCIATION ORGANISEE.....	154
--------------------------------------	------------

Section 1 : Les banques et le traitement du surendettement.....	154
§ 1 – Le plan conventionnel de redressement.....	156
§ 2 – La nature juridique du plan conventionnel.....	159
§ 3 – Le régime juridique du plan conventionnel de redressement.....	165
A – Les effets du plan conventionnel de redressement.....	166
B – La forme du plan conventionnel de redressement.....	169
Section 2 : La négociation en matière de procédures collectives.....	170
§ 1 – La recherche d’un accord dans le cadre du mandat ad hoc ou de la conciliation.....	170
§ 2 – La nature juridique et les effets de l’accord.....	177
A – La nature juridique de l’accord.....	177
B – Les effets de l’accord	179
 Partie 2	
 LE REGLEMENT DU CONTENTIEUX.....	183
 Titre 1	
 LE REGLEMENT SANS LE JUGE	184
 Chapitre 1	

LES PROCEDURES DE MEDIATION PREVUES PAR LE CODE MONETAIRE ET FINANCIER.....	186
Section 1 : Le dispositif institutionnel issu de la loi MURCEF	188
§ 1 – L'évolution du cadre de médiation prévu par la loi MURCEF.....	188
§ 2 – Un régime juridique perfectible.....	196
A - La statut du médiateur.....	196
B - Les procédures et la fin de la médiation.....	204
1) Les procédures de médiation bancaire.....	204
2) L'avis du médiateur.....	207
C - La nature juridique de l'activité et de l'acte de règlement.....	209
Section 2 : La médiation dans le cadre des services financiers.....	213
§ 1 – La médiation de l'Autorité des marchés financiers.....	213
A – La saisine du médiateur de l'AMF.....	215
B – Le déroulement et la fin de la médiation.....	216
§ 2 – Les risques de conflits de médiateurs.....	218
Chapitre 2	
LA MEDIATION DU CREDIT.....	222

Section 1 : Le cadre juridique de la médiation du crédit.....	223
Section 2 : La nature juridique de la médiation du crédit.....	228
Titre 2	
LE REGLEMENT PAR UN JUGE.....	236
Chapitre 1	
LE CONTENTIEUX PORTE DEVANT LE JUGE ETATIQUE.....	239
Section 1 : Le juge étatique : juge attitré du consommateur.....	240
§ 1 – L’option du législateur pour le juge étatique.....	240
A – Le tribunal d’instance : juge du crédit à la consommation.....	241
B – La compétence régie par le droit commun.....	246
§ 2 – La consécration souhaitable des <i>class actions</i>	248
Section 2 : La compétence juridictionnelle découlant du droit pénal.....	251
§ 1 – La répression des infractions bancaires stricto sensu.....	252
A – Des cas de poursuites contre les banques devant le juge pénal.....	252
B – Les banques parties civiles devant le juge pénal.....	256
§ 2 – L’intervention du juge pénal en matière de services financiers.....	259

Chapitre 2

LE FAIBLE RECOURS A L'ARBITRAGE	262
Section 1 : L'arbitrage dans le contentieux avec les consommateurs	262
§ 1 – Les obstacles de droit.....	263
A – L'exposé des obstacles juridiques.....	263
B – Les possibilités théoriques d'arbitrabilité.....	265
1) Les hypothèses et solutions envisageables.....	266
a) La validité de la clause compromissoire pour les litiges internationaux de la consommation.....	266
b) Le recours possible au compromis.....	267
c) L'hypothèse des clauses compromissoires optionnelles.....	267
2) L'exception en matière pénale : la possibilité d'un règlement arbitral des intérêts civils.....	269
§ 2 – L'inadaptation de l'arbitrage au contentieux bancaire.....	270
A – L'obstacle lié au coût de l'arbitrage.....	270
1) Pour les banques.....	270
2) Pour les clients.....	272
B – L'absence d' <i>imperium</i>	273

Section 2 : L'arbitrage dans le contentieux avec les entreprises	275
§ 1 – L'incidence de l'ouverture d'une procédure collective sur la compétence de l'arbitre.....	277
A – L'instance arbitrale est en cours au jour du jugement d'ouverture.....	277
1) La compétence de l'arbitre reconnue par le droit de l'arbitrage.....	277
2) La compétence de l'arbitre ménagée par le droit des procédures collectives.....	278
B – L'instance arbitrale n'est pas en cours au jour du jugement d'ouverture.....	279
§ 2 – Les incidences de la procédure collective sur le déroulement de l'instance arbitrale....	280
A – Lorsque l'instance arbitrale est en cours.....	281
B – Lorsque le tribunal arbitral n'est pas encore constitué.....	282
Section 3 : La place résiduelle de l'arbitrage dans le contentieux bancaire.....	285
§ 1 – Une nécessaire distinction entre l'autonomie et la transmissibilité de la clause compromissoire.....	286
§ 2 – Une solution opportune.....	291
CONCLUSION GENERALE.....	293
Annexes.....	299